Aug. 13



POR EL LICENCIADO DON FRANCISCO DE TALABERA.

EN EL PLEYTO.

Con Doña Maria de Talabera, vezinos de esta Ciudad.

Impresso en Granada, En la Imprenta Real, Por Baltasar de Bolibar, En la Calle de Abenamar. Año de 1656.


OR DOS MEDIOS se justifica la pretension de el Licenciado don Francisco de Talabera. El vno, por las nulidades que contienẽ los autos. Y el otro, por la justicia que le assiste en lo principal: y assi se diuidirà este papel en dos partes correspondiẽtes a los dos medios referidos, presuponiendo en cada vna lo que del hecho fuere necessario para su inteligencia.

2 ¶ En la primera se fundaràn las nulidades de los autos.

3 ¶ Y en la segunda, la justicia que assiste en lo principal a el Licenciado don Francisco, dando satisfacion en su lugar a los fundamentos de que se puede valer doña Maria.

PARTE I.

En que se fundan las nulidades de los autos.

4 PARA Inteligencia de esta primera parte se presupone.

5 ¶ Lo primero, que todos los titulos de los bienes sobre que se litiga, estan en cabeça de el Licenciado don Francisco de Talabera, y q̃ por ellos consta auerlos comprado el susodicho para si, y en esta cõformidad los ha posseydo siempre, y posseyò en vida de su padre.

6 ¶ Lo segundo, que Diego de Talabera, padre de ambas partes, otorgò su testamento en 20. de Otubre de 642. Y en el hizo ciertas declaraciones en razon de que los bienes referidos se auian comprado con dinero suyo, y que todos le pertenecian por esta causa. Y en consideracion desto mejorò en tercio y quinto a doña Maria, instituyendola por heredera, juntamente con el L. Francisco de Talabera.

7 ¶ Lo tercero, que el dicho Diego de Talabera muriò en 4. de Enero de 652. Y despues en 7. de el mismo mes del año de 653. doña Maria de Talabera pidiò possession de los bienes que posseia esta parte, en virtud de las declaraciones del testamento, y de informacion que diò de su filiacion, y con vista de ella se le mandò dar, y diò pro indiuiso. Y el mismo dia pidiò que se hiziesse particion de los dichos bienes, y para ello se tassassen, y que se notificasse a su hermano nombrasse tassadores, que ella por la suya estaua presta de hazerlo, y que el Repartidor del Numero nombrasse Contador en la forma ordinaria, y que doña Francisca diesse poder a Procurador con señalamiento de Estrados. El Iuez lo mandò assi, y el mismo dia se notificò a esta parte.

8 ¶ Lo quarto, que el dia 16. del dicho mes, por no auer nombrado don Francisco apreciadores, le acusò la rebeldia doña Maria, y pidiò se nombrassen de oficio. El auto fue nombrar apreciadores en rebeldia de don Francisco, y que se le notificasse por segundo termino diesse poder a Procurador, y el dia 17 se le notificò a don Francisco.

9 ¶ Lo quinto, que en primero de Março del mismo año, Diego de Andrade, Contador, començò las cuentas, y las acabò en veynte de el dicho mes. Y sin hazer distincion de los bienes de Diego de Talabera, y su muger, ni baxar el funeral, ni los censos a que estan afectos, le adjudicò a doña Maria su legitima, y el tercio y quinto en los bienes referidos, y a don Francisco su legitima en la misma forma. Y en 18. del mismo mes se pidiò por parte de doña Maria aprouacion de las cuentas; de que se mandò dar traslado a don Francisco, y se le notificò en 24. del dicho mes. Y el dia 28. se le acusò la rebeldia, y concluso cō ella, se proueyò auto de aprouacion de las cuentas, el qual no se notificò a don Francisco, si no a Alonso Ramirez de la Barrera, Procurador, que tenia poder general del susodicho, otorgado en 29. de Diziembre de 646.

10 ¶ Lo sexto, que en 29. de el dicho mes se

se querellò don Francisco ante el Prouisor, y se despacharon letras de inhibicion, que se notificaron a el Alcalde mayor el mismo dia.

11 ¶ Y en 31. del mismo mes diò peticion don Francisco ante el Alcalde mayor, declinando su jurisdiccion, y presentãdo los titulos de los bienes sobre que se litiga, y vna escritura de emancipacion, de que se harà mencion en la segunda parte. Y concluyò pidiendo que se suspendiesse este pleito, y se remitiesse a el Eclesiastico.

12 ¶ Y auiendose dado traslado a doña Maria, respondiò, que la emancipacion era falsa, y alegò otras razones en lo principal, de que tambien se diò traslado a don Francisco, y se mandaron lleuar los autos.

13 ¶ Y en 6. de Mayo del dicho año, estando pendiente el juyzio sobre la inhibitoria ante el Eclesiastico, pidiò doña Maria que se le diesse el amparo de la possession que tenia en los bienes adjudicados. Y el Iuez mandò, que se notificasse a don Francisco el auto de aprouaciõ, y con lo que dixesse, ô no, se lleuassen los autos. Y auiendose notificado por segundo, y tercero termino a Alonso Ramirez de la Barrera el auto referido, y acusadosele dos rebeldias, se proueyò otro en 17. del dicho mes de Mayo, en que se declarò por passado en autoridad de cosa juzgada el de aprouacion de las cuentas, y en su execucion se diesse a doña Maria amparo de la possession que tenia en los bienes adjudicados. Este auto se notificò tã bien a Alonso Ramirez de la Barrera.

14 ¶ Y en 20. de Mayo don Francisco boluiò a presentar peticion, insistiendo en la declinatoria, y que por estar pendiente ante el Eclesiastico, eran nulos todos los autos que se auian hecho.

15 ¶ Y vltimamente se presupone, que auiẽdose fenecido el articulo de la declinatoria, y declarandose que el Iuez Eclesiastico hazia fuerça: en 5. de Febrero de 654. saliò don Francisco presentando peticion ante el Alcalde mayor, en que alegò las nulidades que se iran refiriendo en el discurso deste papel. Y

concluyò pidiendo, que se denegasse a doña Maria lo que pretendia, repuniendo, y reuocando por contrario imperio todo lo actuado, y que se reduxesse la causa a su primer estado.

16 ¶ Concluyò doña Maria a esta peticiõ, y el auto de que se apelò fue mandar cumplir el proueydo en 17. de Mayo de 653.

17 ¶ Con estos presupuestos, que resultan del hecho deste pleyto, se reconocerà que no se ha dado passo alguno en sustanciar lo que no contenga vna nulidad, y discurriendo en particular, se deduzen notoriamente las siguientes.

Primera Nulidad.

18 ¶ Para poderse valer el heredero del remedio de la *l. fin. C. de edict. Diu. Adrian. toll* y *l. 3. tit* 13 *lib. 4. Recop.* no solo necessita de manifestar el testamẽto en que està instituydo, perfecto, solemne, legitimamente otorgado, y con los demas requisitos, y calidades, de quibus in dictis legibus, & per DD. *in dict. l. fin.* & preter eos Menoch. *de adipiscend. possess. remed. 4. ex num. 56.* Dom. Greg. Lop. *in l. 2. tit. 14. part. 6.* Mier. *de maiorat. 3. part. quæst. 17. à num. 8.* Burg de Paz *cons. 39. per tot.* Azeued. *in dict. l. 3. num. 5.* Dom. Castillo *lib. 3. controuers. cap. 14. ex n. 132.*

Remedium l. ult. cod. de edict. D. Adriani et soluz habeat Curre[illegible] debet deum requisitas

19 ¶ Si no tambien verificar plenamente, que los bienes de que pretende la possession por este remedio, fueron del difunto, y que a el tiempo de su muerte estaua en possession de ellos, sic probat expressè *dict. l. fin.* ibi: *Mittat quidem in possessionem earum rerum, quæ testatoris mortis tempore fuerunt, non autem legitimo modo ab alio detinentur, l. 2. tit. 14. part. 6.* ibi: *Deuelo meter en possession, è tenencia de los bienes de la heredad, è de todas las otras cosas que el testador auia, è tenia a la sazon que finò*: & docent vniformiter omnes DD. repetentes *dict. l. fin.* & post eos Dom. Gregor. Lop. *in dict. l. 2. tit. 14 part. 6. glos. 8.* Mieres *dict. quæst. 17. num. 8.* Burgos de Paz *dict. cons. 39. à num. 1. 7. & 8. & seqq.* Ioann. Gutierrez *lib. 1. pra-*

ctic.

ctic.quæst. 79.*num.* 1. Didac.Perez *in l.* 1 *.tit.* 14.*lib.* 4 *Ordinam. glos.* 1.Menoch. *dict.remed.*4.*nu.* 56. Dom. Castill.*dict.cap.*24.*num.* 132. ibi: *Quarto requiritur, quod bona in quibus missio in possessionem petitur, sint ex bonis à testatore possessis tempore mortis ipsius.*

20 ¶ O que otro posseia en su nombre, verificandose juntamente la possession, y dominio anterior del difunto, vt singulariter declarat Alex. *cons.* 33.*col.fin.* Dom.Gregor.Lopez *dict.glos.* 8. & Mieres vbi proximè.

21 ¶ Quia tunc es presuncion de derecho, que aquel que tenia el dominio, y possession antecedente, la continua, & animo retinet mediāte alterius noui possessoris persona, ex text. *in l. clam possidere* 6. *§.qui ad nundinas, l.si id quod* 25.§.1.*ff.de acquir.poss.*

22 ¶ Et olim dominus etiam hodie talis presumitur, *l.siue possidetis* 16.*C.de probat.* vbi Bald *nu.* 1. *l.* 10 *tit.* 14.*part.* 3. vbi Dom.Gregor.Lopez *glos.* 1. Alciat.*regul.* 2.*præsumpt.* 20. Mascard.*de probat.conclus.* 546 *num.* 5 & 551.*à num.* 1. Dom. Valençuela Velazquez *cons* 178.*n.* 15.

23 ¶ Quod adeò verum est, vt iudex ipse ante omnia teneatur inquirere, an penès alium illarum rerum possessio sit, quarum in possessionem missio petitur, vt *in dict.l.* 3 *.titul.* 13.*lib.*4.*Recop.* not. Azeued. *num.* 8.

24 ¶ Y no solo no cumpliò doña Maria cō este requisito, verificando el dominio, y possession de estos bienes en Diego de Talabera su padre, si no que antes en la informacion que diò, confiessan los testigos, que don Francisco los posseia con titulo legitimo, y esto mismo se reconoce con euidencia del testamento presentado, donde dize Diego de Talabera, q̄ los bienes referidos los auia comprado, y estaua gozādo don Francisco, por lo qual le auia de poner demāda de ellos.

25 ¶ Vndè liquido apparet la notoria nulidad del auto, en que se mandò dar la possession a doña Maria, pues aunque verificasse su filiacion, ò diesse informacion de ella, no auiendola dado de que los

bienes

bienes fuessen de su padre, falto el presupesto, y requisito principal, en que se funda la decision de los textos referidos, & per consequens no puede tener lugar en este caso su disposicion, *Glos. in l. mancipia, verbo, Aduotandum, C. de seru. fugitiu.* Natta *cons.* 407. *tom.* 2.

26 ¶ Imò potius, confessandose que don Francisco estaua en possession, quedò excluyda de el remedio que intentò doña Maria, por ser limitacion de las leyes que lo conceden, que hallandose otro en possession, no se pueda vsar del, vt apparet in *dict. l. fin.* ibi: *Non autē legitimo modo ab alio detinentur*, & Bald. *in Authent. licentiam, num.* 3. *in fin. C. de Episc. & Cleric.* Butr. *in cap. cum in officijs, de testam.* Didac. Perez *in dict. l.* 1. *tit.* 14. *lib.* 3. *Ordinam glos.* 1. Ioann. Gutierrez *dict. quæst.* 79. *num.* 1. ibi: *Dùm tamen ab alio non sint possessa*, & est de mēte omnium DD.

27 ¶ Porque auiendo posseedor, deue ser citado, oydo, y vencido para ser despojado de su possession, quantumuis iniusta sit, ex text. *in l.* 1. §. *necessario, ff. si ventr. nom. l. cùm fundus, l. Colonus, ff. de vi, & vi armat. l. meminerint, C. vnde vi, l. fin. C. si per vim, vel alio modo, dict. l. fin. § sin autem aliquis, C. de edict. Diu. Adrian. toll.* & in terminis Bart. *ibidem, num.* 16. *& in l.* 3. *C. de pignor.* Peregrin. *de fideicommiß. art.* 48. *num.* 18. Parlador. *lib.* 2. *rer. quotidianar. cap.* 6. *num.* 1. Azeued. *dict. l.* 3. *titul.* 13. *lib.* 4. *num.* 8. Alvar. Valasc. *de partit. cap.* 3. *ex n.* 4.

28 ¶ De tal suerte, que serà nulo todo lo q̄ se hiziere sin citar, ni oyr a el posseedor, ex DD. num. antecedenti, & alijs relatis à Dom. Castillo, *dict. cap.* 24. *num.* 67.

29 ¶ Quapropter corre con llaneza la nulidad de los autos, por no auerse citado, oydo, ni vencido a don Francisco para despojarle de su possessiō, y darsela a doña Maria.

30 ¶ A esto de la citacion se podrà replicar por la parte contraria, que se cumpliò bastantemente con auerle mandado dar traslado a don Francisco del primero pedimiento de doña Maria, cuyo auto se notificò con efecto el mismo dia que se proueyò. Y que supuesto que no comparecio a defenderse, y a alegar,

y pro-

y proponer sus defensas, no tuvo causa, ni titulo justo para hazerlo.

31 ¶ Sed respondetur.

32 ¶ Lo primero, que en el mismo acto de auer mandado dar traslado a don Francisco, se califica mas la nulidad que queda fundada, respeto de que con esto reconociò el Iuez, que posseìa el susodicho, y que deuia ser oido, y vencido; y le tuvo por legitimo contraditor, Hippolyt. Riminald. *cons.* 585 *nu.* 3. *lib.* 5. Menoch. *de adipiscend. d. remed.* 4. *num.* 611 *ad* 626 Dom. Castill *d. cap* 24. *n* 169.

33 ¶ Lo segundo, que la notificacion, ò citacion que se hizo, fue para la informacion que ofreció doña Maria; y no auiendo verificado por ella el dominio, y possession penès defunctum, sed potiùs penès aliũ, que es D. Frãcisco, se le deuiò dar traslado para q̃ saliesse a la defensa, y exhibiesse su titulo, y se discutiera, y ajustara si era tal, q̃ podia impedir la missiõ en possession q̃ pretendia la parte contraria, secundùm dispositionem textus, *in dict. l. fin.* §. *sin autem*, ibi: *Tunc in iudicio competenti causæ in possessionem missionis, & subsecutæ cõtradictionis ventilẽtur, & ei possessio acquiratur, qui potiora ex legitimis modis iura ostenderit.* Et quę tradũt Doctores relati per D. Castill. *d. cap.* 24. *à n.* 144.

34 ¶ O no manifestandolo, ni compareciendo, se deuiò sustanciar el articulo en rebeldia, acusandosela legitima mente a don Francisco, para que le causasse perjuyzio lo que se iua actuando, *l. properandum*, §. 1 *C. de iudic.* vbi Bald. *num.* 4. Paz *in praxi*, *part.* 1. *tom.* 1. *temp.* 6. *num.* 25. Y esto fuera auerle citado, oido, y vencido para despojarle legitimamente de su possession.

35 ¶ Lo tercero, que el no auer comparecido don Francisco luego que se le notificò el auto, fue por tener entendido, que la notificacion fue nula, por ser el susodicho Clerigo, y estar gozando del priuilegio del fuero, y que no le podia perjudicar, ad regul. text *in cap. cum sit generale, cap. si diligenti, cap. significasti*, *de foro compet. cap. seculares, eod. tit. lib.* 6. *cap. si Iudex laycus*, *de sentent. excommun. eodem lib. cap. cum non ab homine, cap. qua-*

litèr,de iudic. auth statuimus,C. de Episc.& Cler.aut apud quos oport.caus.dicer. libr. 8. *column.* 6. *Auth. vt Clerici apud proprios Episcopos,tit.* 12.*eod.column.l.* 56 *.tit.*6.*part.* 1. Dom. Larrea,*decis.*6.*num.* 2. Carleual.*de iudic.tom.* 1.*dispnt.* 2.*à numer.*392.

36 ¶ Y esta causa que tuvo para no comparecer por ser justa y prouable,le releuò de la contumacia, Bald.*in l.contra maiores,*6.*in fin.C. de inoffic.testam.* vers. *Ecce aliam quæstionem,*& ibidem Iass.*num.*8.Felin.*in cap. ex ratione,num.* 5.*column.* 1.vers.*Limitant,de appellat.* Gratian.*discept.*61.*n.*9.

37 ¶ Conque ex vtroque latere se convence notoriamente la nulidad de los autos,y possessiõ que mandò dar,y diò a doña Maria.

Segunda Nulidad.

38 ¶ Esta nulidad consiste en los autos que precedieron a la particion,cuyo juyzio intentò Doña Maria , como se ha referido , el mismo dia que la possessiõ.

39 ¶ Para sustanciar legitimamente este juyzio,deuiò preceder ante todas cosas inventario juridico de todos los bienes que se auian de diuidir; porque de otra suerte no se le podia dar forma a la particion,ni guardarse en ella igualdad , no sabiendo de quales, y quantos bienes se auia de hazer, por cuya causa es requisito sustancial deste juyzio el que se aya de hazer inventario solemne antes que otra diligencia alguna, Bald.*in l fin.* §.*non autem,C.de bon.quæ liber.& in Auth.sed cum testator,C.ad l.falcid.*Peralt.*in l.*3. §. *qui fideicommissum,num.*45 *.ff.ad Trebell.*D. Pichard. *in* §.*quædam actiones,*20.*in fin.num.*36.Aior.*de partit.* 1. *part. cap.* 2.*per tot.* Alvar. Valasc.*de partit.cap.* 8 *num.* 1. ibi: *In processu iudicis familiæ herciscundæ confectio inuentarij est omninò necessaria, quia sine inuentario partitio bonorum æqua, vera, & integra nequit fieri,& quasi impossibile est sine inuentario bonorum,in partitionibus procedere : est enim inuentarium caput, & fundamentum omnium rationum, & diuisionum.*

Y no

40 ¶ Y no auiendose hecho, como no se hizo, en este pleyto inventario de los bienes que se auiã de diuidir, no se pudo passar a hazer la particion, por ser forma que se deuiò observar, qua deficiente, totus actus infirmatur, *cap. quia propter, de elect.* Felin. *in capit. quoniam frequentèr, column.* 3. *&* 4. *vt lit. non contestat.* Alexand. *cons.* 90. *column.* 1. *lib.* 7. Socin. *cons.* 112. *in princip. volum.* 3. Vanc. *de nulitate, cap.* 1. *numer.* 15. Boër. *decis.* 1. *num.* 16. *&* 40.

41 ¶ Præterea, auiendo passado a nombrar contadores, y apreciadores, no se guardò la forma q̃ se deue, y acostumbra, porque lo que se hizo, fue nõbrarlos de oficio el Iuez, con la primera rebeldia, que se acusò a don Francisco: siendo assi, que se le deuierõ acusar tres rebeldias, para hazer de oficio el dicho nõbramiento.

42 ¶ Porque aunque por derecho comun tocaua el nombrar apreciadores a el Iuez, vt notant Doctores *in l. ad officium*, 3. *C. commun. diuidund.* Alvar. Valasc. *de partition. cap.* 9. *num.* 2. adhuc tamen, porque en los aprecios, y cuentas puede auer agrauio contra alguno de los interessados: es vso, y estilo comun, que ambas partes los nombren, vt probatur ex nouiori iure *in l. hac edictali*, §. 1. *C. de secund. nupt.* ibi: *Iustis pretijs æstimatio habita per eos, quos vtraque pars eligerit*, vbi Bald. & communiter Doctores Alvar. Valasc. *dict. cap.* 9. *n.* 2. Aior. *de partitione*, 1. *part. cap.* 3. *num.* 1. ibi: *Pero porque en estos aprecios podrian hazer agrauio los apreciadores, el comun estilo ha recebido, que no los nombre el Iuez, sino las partes cada vno el suyo*, & hoc iure vtimur.

43 ¶ Y solo tendrà lugar el nombramiento de oficio del Iuez, quando alguna de las partes fuere rebelde, y contumaz en hazerlo, & verus contumax dicitur ille, qui tèr monitus, vel citatus non cõparuit, *l. ad perêptorium*, 68. *cum seqq. ff. de iudic. l. contumacia* 53. *ff. de re iudicat. l. tres denuntiationes, C. quomodo, & quado Iud.* Bald. *in l.* 1. *C. de requirend. reis*, Alex. *in dict. l. contumacia, ff. de re iudicat.* D. Gregor. Lop. *in l.* 7. *tit.* 8. *par. tit.* 3. *glos.* 8. Azeuedo, *in l.* 4. *titul.* 18. *libr.* 4. *Recopilationis, numer.* 14.

Princ

44 ¶ Principalmente siendo costumbre, y estilo en los juyzios, que precedan tres rebeldias, y citaciones para constituyr a vno en contumacia, como se vè obseruado cada dia, y en este mismo negocio lo obseruò el Iuez; pues para que don Francisco diera poder a Procurador, se le notificò tres vezes, quia stylus pro lege obseruandus est, Afflict. *decis.* 135 *num.* 3 Rebuff. *in Constitut. Francię, tit. de consuetud. artic.* 2. *glos* 13. *num. fin. & per totam,* Casan. *in consuetud. Burg. in proœm. tit.* 1. *à num.* 7. Burg. de Paz, *in proœm. l. Taur. à numer.* 227. Azeued. *in l. tit.* 10. *lib.* 4. *Recop. à n.* 1.

45 ¶ Y assi serà nulo lo que se hiziere en cõtrauencion desta practica, y estilo, no guardando la forma introducida por el, vt in terminis tradũt Boër. *decis.* 235. *in fine,* Didacus Perez *in l.* 1. *tit.* 2. *lib.* 3. *Ordinamenti, quæst.* 11. Azeued. *in l.* 15. *titul.* 3. *dict. libr.* 4. *numer.* 4. *& in dict. l.* 2. *tit.* 10. *eodem lib. numer.* 4. ibi: *Et ideò, qui in iudicio non stetit, cùm non esset iuxta Curię Stylum, euocatus contumacem non esse.*

Tercera Nulidad.

46 ¶ Auiendose hecho la particion con los defectos referidos, y agrauios que adelante se referiràn, tratò doña Maria de que se aprouasse: y auiendo lo pedido assi, se notificò a don Francisco el traslado de este pedimiento, y con la primera rebeldia que se le acusò, se proueyò el auto de aprouacion, referido supra, *num.* 10. de que resulta otra nulidad de la misma calidad que la antecedente, qua de causa, quidquid ibi diximus *à nu.* 41. hic erit repetendum.

Quarta Nulidad.

47 ¶ Esta nulidad, que se funda en los vltimos autos del Iuez inferior, es la que con mayor euidencia se descubre en este negocio, y la que requiere toda atencion, para conuencimiento de lo que propu

simos

ſimos ſupr. *num.* 18. y ſe juſtifica ex multiplici fundamento.

48 ¶ El primero, porque para que ſe declaraſſe por paſſado en autoridad de coſa juzgada, el auto de aprouacion de las cuentas fue preciſo notificarlo en perſona a don Franciſco; porque ſiendo eſte vn acto tan perjudicial, requirit omnino citationem perſonalem, ex textu *in Clement. ſæpè de verbor. ſignific.* Caſador. *deciſ.* 4 *num.* 2. *de ſequeſtr. poſſeſſ. & fruct.* Puteus *lib.* 1. *deciſ.* 373. *in princip.* Paul. Æmil. *deciſ.* 117. *num.* 1. *part.* 1. Graſ. *deciſ.* 139. *aliàs* 9. *de dol. & contumat.* Rot. *diuerſ. deciſ.* 265. *num.* 1. *& deciſ.* 277. *num.* 3. *part.* 3. *lib.* 3. D. Valenç. Velazq. *conſ.* 157. *n.* 74.

49 ¶ Y no auiendoſe hecho, no le pudo correr termino para apelar del, quia regulariter ignoranti tempus non currit, Abb. *in cap. cum qui de reg. iur. in* 6. Bart. *in l. ſcimus,* § 1. *C. de iur. deliber.* Dec. *in dict. cap. eum qui, num.* 4. Curt. ſen. *conſ.* 8. *num.* 2. Barbat. *conſ.* 8. *col.* 3. *volum.* 1.

50 ¶ Et in terminis eſt text. *in l.* 1. §. *fin. ff. quand. appel. ſit, l.* 1. *C. de tempor. appellat. cap. concertationi de appellat. in* 6. *l.* 2. *tit.* 23. *part.* 3. *l.* 1. *titul.* 18. *lib.* 4. *Recop.* Dom. Gregor. *in dict. l.* 2. *gloſ. in verbo, Saber,* Marant. *de ordin. iudic. tit. de appellat. num.* 204. Didac. Perez *in l.* 1. *tit.* 18. *lib.* 4. *Ordinam.* Ioann. Gutierrez *allegat.* 31. *num.* 9. Azeued. *in l.* 2. *tit.* 17. *num.* 51. *& in l.* 2. *titul.* 18. *num.* 63. *lib.* 4. *Recop.*

51 ¶ Et conſequenter, ni declararſe el auto por paſſado en coſa juzgada: porq̃ eſto ſolo pudiera tener lugar no apelãdo del dõ Franciſco dentro del termino que el derecho le concede. Sed ſic eſt, que eſte termino no le corriò por no auerſele notificado el auto. & ſic eſtuvo ſiempre en termino para apelar. Ergò fatendum eſt, que no ſe pudo declarar por paſſado en coſa juzgada, y que el auto en que ſe declarò fue nulo por defecto de la notificacion, y rebeldia que deviò preceder.

52 ¶ Sed obiicitur por parte de doña Maria, que el auto de aprouacion ſe notificò por tres terminos a el Procurador de don Franciſco, que lo era

Alonso Ramirez de la Barrera, y que esto es bastante para que corriesse el termino, y no apelandole dentro del, se declarasse por passado en autoridad de cosa juzgada, como se colige de las palabras finales del texto *in dict. l. 1. § fin. ff. quando appellat sit*, *l. 2. tit. 23 p. 3.*

53 ¶ Quæ quidem obiectio manifestè conuincitur ex sequentibus.

54 ¶ Lo primero, porque en los actos tan perjudiciales como es este, no basta la notificacion que se haze al Procurador, vt dictum est supra, *nu.* Y esto mismo dà a entender la *l. 1 tit. 18. lib. 4. Recopil.* que no amplia su disposicion a la notificacion, ò ciencia del Procurador: antes por las palabras, y razon de ella queda esto limitado a la ciēcia de la parte formal; vnde quod lex non dicit, nec nos dicere debemus, *Authent. de trient. & semis. cap. 6. vbi glos. verb erubescimur, collat. 3.* Bald. *in l. illam, num. 1. C de collat.* Iass. *in l. vinum, nu. 8. ff si cert. petat* D. Valenç. Velazq. *cons. 148. n. 14.*

55 ¶ Y por ser esto assi, y que no es justo, q̄ la omifsion, y negligencia del Procurador perjudique tanto a la parte, no se le deniega absolutamente el remedio de la apelacion in dictis legibus. Y asi *in dict. l. 1. §. fin.* solo se dize: *Nam si ille* (procurator scilicèt) *non prouocauit, difficile est vt hic audiatur, & in dict. l. 2. tit 23. p. 3.* se limita su disposicion solamēte en caso que el procurador tenga de que pagar, y satisfacer a la parte todo el interes del pleyto, que tiniendo, no se podrà apelar por la parte, no auiendo apelado el procurador; pero si no tuviere de que pagar, ha de ser oydo, y admitida la apelacion, quod idem præsens erat, Glos. *in dict. l. 1. § fin. verb. audiatur*, & tenent D. Gregor. Lop. *in dict l. 2. tit. 23. part. 3. glos. 13.* Afflict. *decis. 344.* & alij, quos refert Azeued. *in l. 2. tit. 7. lib. 4. Recop. n. 27.*

56 ¶ Y en este sentido no avrà quien dude, que fue necessaria la ciencia, y notificacion en D. Frācisco, para que le corriesse el termino de apelar, sin q̄ bastasse la que se hizo a el procurador.

57 ¶ Lo segundo, porque Alonso Ramirez de la Barrera no fue procurador de don Francisco, ni le defendiò en este pleyto; con que falta el supuesto

en

en que se funda la ojebcion referida; y assi no se hizo la notificacion a persona legitima.

58 ¶ Y no obsta el poder general otorgado por don Francisco a el dicho Alonso Ramirez, por el año passado de 646. Túm, porque con el transcurso de tanto tiempo se presume estar reuocado, y se tiene por tal para no poderse vsar del, argum. text. *in l. in confirmando, ff. de confirmat. tutor.* Paul. de Castr. *cons.* 12. *n.* 7. Post. *decis.* 357. *n.* 5.

59 ¶ Túm, porque aunque fue poder general para todos los pleytos que tenia, y tuviesse, no se puede extender el presente, porque solo se entiende otorgado para los que actualmente tenia don Francisco, en los quales se podria, y pudo vsar del, y no en otros algunos, *argum. text. in l. qui habebat, §. fin. ff. de tutel. l. item eorum, §. sed ita, ff. quod quisque vniuersit. nom.* & in terminis Bart. *in l. damni, §. si is qui vicinas ædes, nu.* 2. vers. *Sed credo contra, ff. de damn. infect.* vbi Alex. verbo, *Futuras*, idem Bart. *in l. qui habebat* 3. *§. si pupilus, ff. de tutel. & in l. omnium autem in princip. ff. de procurat.* Rot. *decis.* 30. *in antiq. de procurat.* Gratian. *to.* 1. *disceptat. cap.* 145 *num.* 13. Vant. *de nullit. ex defect. mendat. num.* 97. vers. *Septimo*, ibi: *Septimo aduertendum erit, quia per clausulam illam ad omnes alias eius causas, &c. non comprehenduntur causæ futuræ & oriundæ ex inde post datam mandati, sed solummodo veniunt præsentes.*

60 ¶ Y aunque algunos DD. han sido de opiuion contraria, quod scilicet tale mandatum extendatur ad lites futuras, vt videre est apud Vant. vbi proximè, vers. *Multi*, Gratian. *dict. cap.* 145. *à num.* 22. Adhuc tamen la verdadera concordancia destas opiniones es, que esta vltima tiene lugar, y procede quando constituens mandatum tempore quo constituebat, no tenia pleyto alguno: tunc namque vt aliquid operetur, & ne inutilis fit procuratoris constitutio, debet ad futuras lites extendi, ex ratione textus in *l. fundus qui locatus, ff. de fund. instruct. & in l. si quando, ff. de legat.* 1.

61 ¶ Prima verò opinio indubitantèr procedat, quando constituens alias lites, tempore constitutio-

tutionis habebat, como en el caso presente los tenia don Francisco, que fue lo que le mouiò a otorgarlo, vt declarant Alexand. *in dict. l. damni*, §. *si is qui vicinas ædes, verb. futuras, ff. de damn. infect. in fin.* Parif. *conf.* 43. *numer.* 14. *lib.* 4. Vanc. *de nulitat. dict. nu.* 97. *in fin.* Gratian. *d. cap.* 145. *n.* 29.

62 ¶ Tùm, porque en este pleyto no se ha vsado del poder referido, ni lo tiene aceptado el dicho Alonso Ramirez para hazer autos en èl, & ante aceptationem non dicitur procurator, nec incipit officium suum ante præsentationem, & executionem mandati, Archidiac. *in cap. is qui, de procurat. lib.* 6. Bart. *conf. incipit: An procurator constitutus in absentia*, Speculat. *tit. de elect.* §. 1. vers. *Quid si procurator*, Rot. *decis.* 7. *in nou. de procurator.*

63 ¶ Tùm, porque para que pudiessen perjudicar a don Francisco las notificaciones hechas à Alonso Ramirez de la Barrera, era preciso, que huviesse vsado del poder en este pleyto, y que en virtud del huviesse defendido a don Francisco, vt expresse colligitur ex textu *in dict. l.* 1. §. *fin. ff. quand. appell. sit*, ibi: *Si non in causa per procuratorem defensus est, & in dict. l.* 2. *tit.* 23. *part.* 3. ibi: *Otro si, dezimos, que si juyzio fuere dado contra algun personero en pleyto que èl demandasse, ò defendiesse por otro.*

64 ¶ Y assi faltando este requisito, en que se funda la decision de las leyes referidas supra, num. antecedenti, falta tambien la disposicion dellas, y no se puede aplicar a el caso presente en el sentido que se pueden ponderar por la parte contraria.

65 ¶ Lo tercero, porque aunque todo faltasse, y se pudiesse considerar por persona legitima, ò Procurador de esta parte a Alonso Ramirez de la Barrera: adhuc tamen tamen la contumacia, y rebeldia del susodicho no le pudo perjudicar a dõ Francisco, ni obstar a la apelacion que despues interpuso; nam cum contumacia sit delictum, *l. omne delictum* 6. §. *contumacia, ff. de re milit. glos. in l.* 1. §. *fin.* & ibi Alexand. *num.* 17. *ff. si quis ius dicenti non obtemperauerit*, Paul. de Castro, *in l. plerique, num.* 9. *ff. de in ius vocand.* D. Couarruv. *in ca-*

pit:

pit. Alma mater, 1. *part*. §. 9. *num* 3. Iul. Clar. *lib*. 5. *sententiarum*, §. 1. *num. fin*. Farinac. *tom*. 1. *quæst*. 18. *num*. 26. Azeued. *in l*. 2. *tit*. 7. *lib*. 4. *num*. 28. D. Pichard. *in* § *summa autem* 1. *Instit. de interdict. cap*. 2. *n*. 13.

ex delicto alterius nemo puniri debeat

66 ¶ Et ex delicto alterius nemo puniri debeat, ex reg. text. *in l. si pœna, l. si crimen, ff. de pœnis, l*. 3. §. *quod pater, ff. de muneribus, & honoribus, l. actione*, § *diximus, ff. pro socio, l. generali*, §. *fin. ff. de ritu nuptiar. l. maritus, ff. soluto matrimon. l. fin. ff. ad Sylanian. l. sancimus, C. de pœnis, l. si quis suo*, §. *legis, C. de inoffic. testament. l. legem, C. de naturalib. liber. l. ob matrimonium, C. ne vxor pro marito, Authent. vt nulli iudicum*, §. *fin. collat*. 9. *cap*. 2. *de constitut. cap. quæsiuit, de his, quę fiunt à maior. part. capitul. cap. Romana, in fine, de sententia excommunication*.

Contumacia Procuratoris non debet preiudicare parti formali

67 ¶ Inde est, que la contumacia, y rebeldia del Procurador no le puede causar perjuyzio a la parte formal, ni en nuestro caso lo pudo causar la de Alonso Ramirez a don Francisco, ex doctrin. Bartol. *in l. filius familias, in princip. ff. de verbor obligat*. Decio, *cons*. 410. *col*. 2. *n*. 6. Natt. *cons*. 540. *n* 29. *lib*. 3.

68 ¶ Et in terminis Curt. iun. *in l. si procurator, in princip. ff. si quis ius dicent. non obtemper. num*. 12. Orosc. *ibidem, colum*. 617, *in princip*. Matth. de Afflict. *decis*. 344. Azeued. *in dict. l*. 7. *n*. 28.

69 ¶ El segundo fundamento de esta nulidad, es, que estos autos se hizieron estando pendiente el articulo de nulidad de los antecedentes, y de incompetencia de jurisdicion, introducido por don Francisco ante el mismo Alcalde mayor, qua de causa se deuiò conocer del, y determinarse ante todas cosas, sobreseyendo en el conocimiento de lo principal, *l. contra maiores, l. Papinianus*, § *si quis irritum, ff. de inoffic. test*. Bart. *in l. si expressim* 19. *col* 5. *ff. de appellationib. & in l*. 1. *numer*. 8. *vers. Circa secundam, C. quando prouocare non est necess. & in l. cum quærebatur, ff. de re iudicat*. Angel. *in l. Præses, C. quomodo, & quand. iud*. Lanfranc *in cap. quoniam contra, numer*. 22. *de probationib* Gratian. *discept. cap*. 41. *numer*. 10. Franq. *decis*. 294. Mastrill. *decis*. 125. *num*. 6. *& decis*. 127. *num*. 2. 3. & 4. Noguer. *alleg*. 12. *n*. 109.

70 ¶ Y por no auer sobreseido el Iuez, sino

antes passado adelante a proueer el auto referido en lo principal, se viciò, y anulò todo lo que se hizo despues de opuesta la nulidad, y declinatoria, Bartol. *in l. multum, ff. de condit. & demonstrat.* Bald. *in l. qui prouocauit, quæst.* 12. *circa finem, ff. de pact.* Paul. Castrens. *in l.* 1. *C. de ordin. iudicior. num.* 91. Asin. *in praxi,* §. 13. *cap.* 8. *numer.* 2. Decio, *in cap. ex parte* 2. *extrau. de appellat.* Calcan. *cons.* 115. *num.* 4 Paz, *in praxi* 1. *p. tom.* 1. *tempor.* 5. *n.* 9.

71 ¶ El tercero, porque assimismo estaua pendiente la declinatoria ante el Iuez Eclesiastico, y durante su determinacion, no se pudo proseguir el pleyto principal, *text. express. in capit. si iudex laycus* 12. *de sentent. excommunic. lib.* 6. *in fine,* ibi: *Contra eũ tamen interim quiuis processus iudicis penitùs cõquiescat,* Salced. ad Bernardum Diaz, *in pract. cap.* 62. *num.* 21. Farinac. *quæst.* 8. *nu.* 35. Barbos. *in d. cap. si iudex laicus, n.* 8.

72 ¶ Vnde prouenit, que estando pendientes estos articulos, no le corriò termino a esta parte, para proponer sus excepciones, deducir agrauios de las cuentas, ni para menifestar sus titulos, ni para apelar de los autos perjudiciales, Bald. *in l. contra maiores, C. de inofficios. testament.* Angel. *in l. Paulus,* § *hæres, column.* 1. *in fin. ff. de vsur.* Hippolyt. *singular.* 152. Didac. Perez, *in l.* 2 *tit.* 5. *lib.* 3. *Ordinament. glos.* 1. *in princip.* Paz, *in praxi, tom.* 1. *p.* 1. *tempor.* 12. *n.* 9.

73 ¶ Con que no serà de embarazo lo que se dà a entender, que opone la parte contraria, en quãto a si estas nulidades se opusieron, ò no en tiempo legitimo: hoc est, dentro de los sesenta dias que dispone la *l.* 2. *tit.* 17 *lib.* 4. *Recopilationis.*

74 ¶ Demas de que por los autos consta, que el auto de aprouacion de las cuentas se proueyò en 28. de Março de 53. que por entonces no se notificò, hasta despues en 6. de Mayo, y esto fue a Alonso Ramirez de la Barrera. Y en 31. del mismo mes propuso la declinatoria don Frãcisco ante el Alcalde mayor, estando ya pendiente ante el Iuez Eclesiastico: y el auto, en que se declarò por passado en cosa juzgada, el de aprouacion se proueyò en 17. de Mayo de el mismo año. Y en 24. del mismo mes fue quando don

Fran-

Francifco propufo, y alegò mas en forma eftas nulidades: con que no fe puede dudar, que eftàn opueftas en tiempo legitimo, y dentro de los 60. dias de la ley.

75 ¶ Y quando no lo eftuvieffen dentro de los dichos 60. dias, por fer de la calidad que fe ha referido: hoc eft, de defecto de citaciõ, y de jurifdicion fe deuian admitir paffado el dicho termino, porque efta es limitacion de la dicha ley, vt ex *glof. fin. in Clementina 1. de fequaeftrat. poßeff. & fruct.* Vancio, Villalob. Decio, Socin. tradunt in terminis Auendañ. *de prim. & fecund. decret. num. 16. in fin.* Didac. Perez *in l. 2. tit. 17. lib. 4. Ordinament.* verf. *Limitatur fecundo,* Menef. *in l. 1. num. 31. C. de iuris, & fact. ignorant.* Anton. Gomez, *tom. 3. variar. cap. 12. n. 8.* Azeued. *in dict. l. 2. n. 26. & 37.*

76 ¶ Et etiam por fer notorias, y conftar con euidencia de los autos, fin que fe necefsite de verificarlas por otro medio; quia tunc es limitacion de la dicha *l. 2.* el que fe puedan proponer, aunque fe aya paffado el termino, vt ex Bart. Paulo de Caftro, Iaffon, & alijs tradit Auendañ. *vbi fupr. & in refp. 26. nu. 8.* Gomez de Leon, *in Centur. decif. cap. 6. num. 2.* Didac. Perez, *vbi proximè,* Azeued. *ibid. n. 30.*

77 ¶ Et nulitas notoria dicitur illa, quæ ex actis apparet, ita quòd probatio ad eam manifeftandam non requiratur, Vant. *de nullitat. tit. 3. num. 13. & tit. 4. à num. 51. ad 59.* D. Couarruv. *practicar. cap. 25. numer. 2.* Mexia, *in l. Tolet. in refponf. ad fecundum fundamentũ, num. 36.* Afflict. *decif. 47. numer. 4.* Azeued. *vbi fupra, à num. 31.*

Quinta Nulidad.

78 ¶ Denique, la quinta, y vltima nulidad deftos autos, y mas infanable, es el no averfe guardado la forma effencial de fuftancia, para defpojar à D. Francifco.

79 ¶ Porque luego que el fufodicho compareciò ante el Alcalde mayor, manifeftando fus titulos, y alegando fus defenfas, deuiò fer oydo en via ordina-

ordinaria, recibiendo el pleyto a prueua, y conociendo plenamente de la excepcion de el dominio, y possession que opuso don Francisco, procediendo en este conocimiento por los terminos, y en la forma dispuesta por derecho, para semejantes juyzios.

80 ¶ Y que esto se deuiò hazer assi, patet manifestè; porque no se puede dudar, que don Francisco fue legitimo cõtraditor, para impedir la possession que pretendiò doña Maria, porque aquel lo es, q̃ manifiesta titulo legitimo, *vt ex l. fin. C. de edict. diui Adrian. tollend. l. 2. tit.* 14. *part.* 6. tenet Parlador. *rer. quotid. lib. 2. cap. 5. ex n. 3. ad num.* 5. maximè si habuit titulum aliundè, quàm à defuncto, secundùm Peregrinum, *de fideicom. art.* 48. *n.* 44. *&* 45.

81 ¶ O el que tiene possession, Roland. à Valle, *cons.* 1. *n.* 71. *lib.* 1.

82 ¶ O el que la tenia al tiempo de la muerte, y la tiene al tiempo que se pide la immission, Anton. Gom. *in l.* 45. *Taur. n.* 147. *&* 150.

83 ¶ Y aunque en esto ha auido variedad entre los DD. vt videre est apud D. Castill. *lib.* 3. *cap.* 24. *ex num.* 144. *ad* 156. vbi latè multorum placita recenset. Tamen ex veriori, & certissima resolutione, is absque dubio legitimus contradictor est, qui titulum, & possessionem habet, Archill. Personal. *de adipiscend. possess. à num.* 392. Menoch. *eod. tractat. remed.* 4. *nu.* 604. Anton. Gom. *in dict. l.* 45. *Taur. numer.* 147. D. Castill. *vbi proximè, n.* 160.

84 ¶ O el que fue citado, ex Hippolyt. Riminald. *cons.* 585. *num.* 3. *lib.* 5. Menoch *dict. remed.* 4. *numer.* 555. 556. *& seq.* vbi dicit, quòd contradictor legitimus est, qui citatus fuit, etiam si non possideat, vel detineat, quam refert Dom. Castill. vbi supra, *numer.* 161. *&* 162.

85 ¶ Vel tandem ille, qui legitimam allegauerit causam, illamque paratus sit probare, Menoch. *dict. remed.* 4. *num.* 605. Roland. *dict. cons.* 1. *num.* 24. Caualcan. *decis.* 45. *num.* 11. Hippolyt. Riminald. *cons.* 585. *num.* 67. *lib.* 5. Ioann. Franc. Pont. *cons.* 20. *num.* 54. Peregrin. *dict. art.* 48. *nu.* 42. *&* 47. Burg. de Paz, *cons.* 39.

num.

num.2.& 3. Parlador.*dict.lib.2.cap.5 num.4.* D.Castill. *dict.cap.24.n.165.*

86 ¶ Y no solo concurria qualquiera destas calidades en don Francisco, sino todas juntas, pues se hallaua con titulo legimo, con possession anterior, y posterior a la muerte del difunto, y fue citado, y alegò causas justas que pudo prouar incontinenti: y assi parece que no admite genero de duda el que fuesse legitimo contraditor.

87 ¶ Y siendolo, tampoco es dudable que se deviò sustanciar el pleyto en la forma que propusimos supr.*num.* vt ex Menoch. Peregr. & alijs docet Dom.Castill.*dict.cap 24.num.157.*ibi: *Et inde, adq; in eodem articulo, meam ex ipsis, & alijs iuris auctoribus conficiendam oppinionem constituendo in primis, certissimi iuris esse, missionem in possessionem impediri, cum legitimus adest contradictor, & vtriusque, idest petentis immissionem, & cõtradicentis iura plenè, & in forma iudicij examinanda, vt cuius potiora sint iura deducatur apertè, & is in possessionẽ mittatur.*

88 ¶ Quod omne defficit in casu præsenti, pues sin recebir el pleyto a prueua, sin oyr las defensas de D.Francisco, y sin conocer plenamente sus excepciones, y titulos que presentò, & non seruata forma iudicij, se procediò a despojarle de su possession.

89 ¶ Pero dirà la parte contraria que la doctrina del señor Castillo, y el obseruar la forma de sustanciar de qua supr. *num.* se ha de entender, quando el legitimo contradictor pareciò luego incontinẽti a manifestar su titulo, antes que se prouevera el auto de possession, y no quando tanto tiempo despues de dada sale a contradezirla, pretendiendo que se reuoque, ò dè por ninguna, como lo hizo dõ Francisco.

90 ¶ Sed hoc minimè obstare potest.

91 ¶ Porque lo cierto es, que aunque el legitimo contraditor, salga despues de proueydo el auto de possession, ò despues de executado, ha de ser oydo en la forma referida, vt tradit Menoch. *dict. remed. 4.* à *num.611.* Dom. Castill.*dict. cap.24. num. 163.* ibi: *Quod atinet verò ad secundam quæstionem Menochij principalem, & secundũ membrum distinctionis quãdo dicitur legitimus*

contra-

contradictor, qui comparet per sententiam latam demittendo in possessionem: duos casus distinsit Menochius. Et postea ibi: *Primus casus est, quando is contradictor citatus fuit.* Et inferius: *Est ergò executio concessę licentiæ interim suspendenda, donec de iuribus citati discuciatur.*

92 ¶ *Et num.* 170 ibi: *Quo ad tertiam & vltimam quæstionem Menochij, quando dicatur legitimus contradictor, qui comparet post missionem in possessionem, vt eam reuocari, vel nullam pronũciari obtineat, quatuor casus constituit idem Menochius.* Et inferius ibi: *Secundus casus est, cum hic contradictor directo venit contra missionem illam, potens ipsam reuocari, & anulari.* Et posteà: *Et tunc missionem hanc esse reuocandam.*

93 ¶ Y si las causas, y razones que se alegan son las que han de motiuar a el Iueza que oyga en via ordinaria a el legitimo contradictor, admitiendole la prouança dellas. Vease quales, y quan justas son las q̃ alegò, y propuso don Francisco que son las del dominio, y possession de que se tratarà en la segunda parte desta informacion.

94 ¶ Y el agrauio de la particion en no auer sacado de el cuerpo de bienes los que tocaron a doña Iuana de Pereda, madre de los litigantes, para diuidirlos por mitad entre ambas partes: y aunque no constasse quantos fuessen se le deuia adjudicar la mitad de todos, porque mientras no ay capital, ni dote, se presumen todos los bienes gananciales, *ex l.* 203. *stil.* Ayor. *de partit.* 3. *p. q.* 13. *n.* 40.

95 ¶ Et sic, le tocò la mitad de todos, *l.* 1. *tit.* 3. *lib.* 3. *for. l.* 1. *&* 2. *cum seqq. tit.* 9. *lib.* 5. *Recop.* Matienzo *in dict. l.* 2. *glos.* 2. *num.* 3. Gutierr. *lib.* 2. *practicar. quæst.* 117. Ioan. Garcia *de coniugal. acq. per tot.* Valasc. *de partit. cap.* 23. *num.* 5. Ayor. *vbi supr.* Dom. Pichard. *in* §. *quædam actiones* 20. *Instit. de act. in fin. num.* 63. Noguerol *allegat.* 7. *num.* 28.

96 ¶ Lo qual fuera bastante, no solo para oyr a don Francisco en via ordinaria, como se ha dicho; sino tambien para auer desde luego buelto las cosas a el estado que tenian antes de la particion para que se ventilasse, y conociesse de que bienes se auia de hazer,

hazer, quales eran hereditarios, quales propios de D. Francisco, y quales gananciales, porque de otra forma no era posible hazer la diuision con igualdad; y sin perjuyzio, ni agrauio de alguno de los interessados.

97 ¶ Itaque concludimus en esta primera parte que por nulidades referidas se deue reuocar la sentencia de vista juntamente con los autos del inferior, bolviendo esto este pleyto a su primer estado, en la conformidad que lo tiene pedido Don Francisco.

PARTE II.

En que se funda la justicia que le asiste a don Francisco en lo principal.

98 ¶ Para su inteligencia se supone, que en 19. dias del mes de Março de el año passado de 628. Diego de Talabera, padre de las partes, otorgò escritura publica, por la qual emancipò à don Francisco su hijo, y en ella declara el otorgante, que es de mucha edad, y està muy pobre, y que no es possible poder alimentar a el dicho su hijo, y esta es la causa, y motiuo que tuuo para emanciparlo.

99 ¶ Y despues en ocho de Otubre del año de 632. Don Francisco comprò vna casa en el Boqueron de Darro, en precio de 600. ducados que quedaron impuestos a censo, y en la escritura de venta, que sobre esto se otorgò, intervino el dicho Diego de Talabera, como fiador del dicho don Francisco su hijo, declarandose que el dicho don Francisco administraua su persona, y bienes.

100 ¶ Y todos los demas titulos presentados, que son posteriores a la escritura antecedente, estan en cabeça de don Francisco, independiente de su padre, ni de otra persona alguna, deforma que todos suenan otorgados para el susodicho, y sus herederos, ò su-

ò sucessores, como todo se ajusta en el memorial de este pleyto.

101 ¶ Y en su testamento dize el dicho Diego de Talabera, que viuiendo doña Iuana de Pereda su muger, le fue entregando a el dicho don Francisco, viendole codicioso, y que tratava de estudiar, muchas partidas de marauedis de las que el dicho Diego de Talabera tenia, y grangeaua con sus ocupaciones, que a su parecer fueron mil ducados, con los quales comprò algunos bienes que refiere, poniendolos en su cabeça, y que se auia informado de Abogados, que por estar el dicho don Francisco debaxo de la patria potestad, todo lo que auia adquirido el susodicho le pertenecia a el dicho Diego de Talabera, y era suyo propio, y partible con los demas sus hijos, y assi ordena, que sino dexare hecho pedimiento en razon de esto, las demas sus hijas pidan lo que les convenga por este derecho, y si el lo dexasse intentado, lo prosigan, y acaben.

102 ¶ Con que toda la dificultad de este punto se viene a reduzir a si estos bienes son propios de D. Francisco, ò lo fueron de su padre, sobre lo qual aunque se han hecho prouanças, y otros autos, no se refieren aqui por menor, reseruandolos para el lugar que a cada vno le tocare en el discurso desta segunda parte que se diuidirà en dos fundamentos.

103 ¶ Que el primero serà ajustar, que los bienes sobre que se litiga, son propios de don Francisco, y no puede tener en ellos parte alguna doña Maria, en conformidad de los titulos presentados que no padecen defecto alguno.

104 ¶ Y el segundo, que en qualquiera duda que esto pudiera tener, ha de vencer don Francisco, por ser este juyzio de possession, y hallarse en ella el susodicho.

Primero Fundamento.

105 ¶ No niega doña Maria que estos bienes, sobre que se litiga, los ha adquirido don Francisco por

por su persona, y en esto vàn conformes las partes, y en lo que funda su pretension es, en que esta adquisicion fue en vida de su padre, y estando don Francisco baxo de su potestad, por lo qual no los adquiriò para si, sino para su padre, por cuya muerte se han de comunicar, y diuidir entre ambos.

106 ¶ Pero don Francisco pretende lo contrario, por muchos medios que justifican este fundamento, vt ex illorum demonstratione patebit.

Primero Medio.

107 ¶ El primero es, la emancipacion, por la qual se cierra la puerta a qualquiera duda de este negocio.

108 ¶ Porque aunque la patria potestad, talem vim habeat, tantique sit effectus, vt (absolutè, & simplicitèr, seu generalitèr loquendo) ea stante nulla bonorum filijs familias acquisitio contingat, sed potius quidquid per eos acquiritur patribus acquirant, *l. patre furioso 8. ff. de ijs qui sunt sui, vel alien. iur. l. Antistius 62. §. fin. l. placet 78. ff. de acquir. hæred. l. 1. ff. si quis apparent. fuer. manum. l. 3. §. verbum, ff. de donat. inter vir. & vxor. l. 1. § fin. cum l. seq. ff. ad S. C. Macedon. l. si quis vxori 53. §. 1. ff. de furt. l. quæritur 38. ff. de bon. libert. l. mulier 22. ff. ad S. C. Trebell. l. 3. C. de instit. & substit. l. 2. C. de patr. potest. l. 1. & per tot. tit. C. de bon. matern. l. cum opportet 6. l. fin. C. de bon. quæ liber. l. 5. tit. 17. part. 4.* & docent præter ordinarios in dictis iuribus Menoch *de arbitrar. cas. 126.* Pinel. *in l. 1. 1. part. num. 1. C. de bon. matern.* Anton. Gomez *in l. 48. Taur. num. 1.* Matienç. *in l. 9. tit. 1. libr. 5. Recopilat. glos. 1. à num. 1.* Dom. Pichard. *in princip. tit. Inst. de pupill. subst. numer. 17.*

Filius qd acquirit pater acquirit existente in patria potestate.

109 ¶ Aduc tamen, si falta, ò se disuelve la patria potestad, que es la causa de la adquisicion referida, faltarà tambien la misma adquisicion, que es efecto de la patria potestad, con que por el contrario todo lo que adquiere el hijo, iam sui iuris factus, lo adquirirà para si plenamente como persona libre, sin de-

Filius non existente in patria potestate qd acquirit ipsemet acquirit

G

pen-

pendencia del padre, ni de otra persona alguna, vt ex *l. cum opportet, C. de bon. quæ liber.* notant Castill. *in l.* 48. *Taur. in princip.* Azeued. *in l.* 9. *tit.* 1. *lib.* 4. *Recop. n.* 17. Anton. Gom. *in l.* 47. *Taur. n.* 6.

110 ¶ Y el modo mas legitimo para disolver la patria potestad, y que el hijo de familias se libre della, es la emancipacion, quæ nihil aliud est, quam filij familias à patria potestate liberatio, por la qual e haze estraño de la casa, y familia del padre, vt probatur ex ratione textus *in l. lege Cornelia* 12. *ff. de testament.* §. *prætereà, Instit. quib. mod. ius patr. potest. soluit.* § *sui, &* §. *cæteri, Inst. de hered. qualit.* §. *emancipatos, Inst. de exheredat. liber.* §. *ita demum, Inst. de hæredit. quæ ab intest. defer. l. tutelas* 7. *ff. cap. dimin.*

111 ¶ Y assi, aunque don Francisco naciò baxo de la potestad de Diego de Talabera su padre, y estuuo sugeto a sus efectos, auiendo sido despues emãcipado, quedò libre della, text. *in l. libertum* 28. *l. emancipari* 36. *ff. de adop. dict. l.* 1. *& per tot. tit. ff. si apparent quis fuer. manum. l.* 1. *& fin. C. de emancipat.* §. *prætereà,* §. *de admonendi, Inst. quib. mod. iur. pata. potest. soluit. l.* 93. *tit.* 18. *part.* 3. *l.* 15. *tit.* 18. *part.* 4. & probat *l.* 47. *&* 48. *Taur. quæ sunt* 8. *&* 9. *tit.* 1. *lib.* 5. *Recop.*

112 ¶ Et per consequens, todo lo que adquiriò despues de la emancipacion, iam sui iuris factus, lo adquiriò para si plenamente, sin dependencia del dicho su padre, ex traditis supra *num.*

113 ¶ Reconociendose por parte de doña Maria quan cierto es lo que queda referido, y que con ningun fundamento de derecho se puede desvanecer, ni hazer dudoso, se vale de otro remedio bien dificil para su pretension que es, dezir, que la emancipacion es falsa, lo qual pretende ajustar por los medios siguientes.

114 ¶ El primero, por vna de las clausulas del testamento de Diego de Talabera su padre, en q̃ declara, que el dicho don Francisco no està emancipado, ni el ha tenido voluntad de emanciparlo, porque no le ha hecho obras que mereciessen tal beneficio, y que si pareciesse alguna emancipacion serà incierta, y

podrà

podrà auerſe hecho con perſona ſupueſta de la ſuya, y aſsi proteſta hazer en razon deſto lo que le cõuẽga.

115 ¶ El ſegundo, porque la eſcritura original preſentada eſtà en vn pliego ſuelto, no protocolada, ni en los regiſtros de el eſcriuano, ni en la forma diſpueſta por la *l. 9. tit. 19. part. 3. l. 13. & 14. tit. 25. lib. 4. Recopilat.*

Instrumentum non probat q[uan]do non est in protocolo

116 ¶ Y el tercero, por la comparacion de letras que ſe hizo, en que dizen los teſtigos, vno eſcriuano, y dos maeſtros de Eſcuela, que tienen alguna diferencia las firmas, y que la letra de la eſcritura original, y la de la firma parece toda vna, y de vna mano.

117 ¶ Eſtos ſon los fundamentos que ha propueſto la parte contraria para conuencer de falſa la eſcritura de emancipacion, ſin atender a que es inſtrumento publico. Y cierto (ſeñor) que en nueſtro ſentir ſon de tan poco credito, que facilmente, y ſin eſcrupulo los paſſaremos en ſilencio, por no dilatar mas eſte papel, ſino ſe huuiera hecho tanta inſtãcia en ellos, que el no darles ſatisfacion, pareciera rendirnos a confeſſar lo que ſuenan: y aſsi, mas por eſta obligacion, que por la fuerça de ſer neceſſario, le daremos a cada vno la reſpueſta mas breue, y concluyente que tiene, ſin dilatarnos a otras conſideraciones, que ſe podian ponderar muy del punto.

Ad Primum.

118 ¶ Y antes de entrar en lo indiuidual, ſe aduierte por regla general, ò preſupueſto infalible, q̃ la emancipaciõ eſtà hecha en vn inſtrumento, ò eſcritura publica, otorgada ante vn eſcriuano, fiel, y legal, y de entero credito, ſin que cõtra eſto aya prouado la parte contraria coſa alguna; antes por don Franciſco eſtà verificada la legalidad con mucho numero de teſtigos. Quapropter tiene por ſi la preſuncion, y ſe deue eſtar a el, ſin embargo de qualeſquiera preſunciones, ò conjecturas que ſe quieran ponderar, porque eſta preſuncion es de tal calidad que pone en obligaciõ

a el

a el contrario de verificar la falsedad, no como quiera, ni con presunciones, ò argumentos, sino con prouanças claras, euidentes, è indubitables, sic colligitur ex DD. *in l. cum precibus, C. de probat. & in cap. licèt causam, extrau. eod. tit.* & post eos Roland. *lib. 1. cons. 9. num. 15. & cons. 61. num. 28. & cons. 85. à num. 37. & cons. 89. à nu. 1. & lib. 3. cons. 57. à num. 1. & cons. 61. num. 28. & cons. 96 num. 17. & lib. 4. cons. 55. num. 1.* Cephal. *cons. 4. à nu. 19. & cons. 109. num. 5. lib. 1.* Osasc. *decis. Pedamont. 117. nu. 1. & decis. 129. num. 7.* Hieronym. Laurent. *decis. Auenion. 91. num. 1.* Ioseph. Ludouic. *decis. Lucens. 35. num. 7.* Menoch. *de recuper. possess. remed. 1. num. 224.* Farinac. *de falsit. & simul. quæst. 156. part. 4. num. 146.* ibi *Amplia quinto, & illatiuè ex regula, vt instrumenti à notario confecti fides magna sit: habet enim præsumptionem pro se, & sempèr stat firmum, nisi contrarium probetur euidentissimis, & clarissimis rationibus, & probationibus. Dicunt enim Doctores, quod instrumentum est veritas apparēs, probatio realis, nuncupatur noli me tãgere, ex eo oriuntur tres præsumptiones, scilicèt, quod sit verum, quod sit solemne, quod omnia in eo descripta facta sint. Non indiget descriptione fori. Casus instrumento appositus dicitur indubitatus. Habet vim definitionis, habet executionem paratam, dicitur probatio probata, facit rem manifestam, manifestissimam, euidentem, euidentissimam, liquidam, & notoriam.*

119 ¶ Lo qual es mas sin duda, atendiendo à la buena fama, y opinion del escriuano; con la qual se excluye qualquiera presuncion de falsedad, porque tambien le assiste la presuncion de derecho, vt pluribus relatis probat vtrumque Farinac. vbi supr. *numer. 138. & 156.*

120 ¶ Con este supuesto, que se deue tener muy en la memoria, para la exclusion de todos los fundamentos contrarios, se responde a este primero que es la declaracion hecha en el testamento.

121 ¶ Que no puede perjudicar en manera alguna a don Francisco por dos razones. La vna, por ser hecha a fauor del mismo testador en perjuyzio de tercero, que es don Francisco, quo casu nihil prorsus probat, *l. rationes, l. exemplo, C. de probat. l. fin. C. de conuen. fisc. debitor. lib.* 10. Glos. *in cap. 2. de in integr. restitut.* Abb. *in*

cap. 2.

cap. 2. de fid. instrument. verſ. *Venio ad tertiam*, Pariſ. *conſ.* 90. *num.* 1. & 23. *lib.* 1. Paul. de Caſtr. *in l. cum ſeruus* 81. *n.* 6. *ff. de condit. & demonſtrat.* Dom. Couarr. *practicar. cap.* 22. *num.* 8. Iaſſ. *in l. admonendi, nu.* 129. *ff. de iur. iurand.* Dom. Valenç. Velazq. *conſ.* 78. *n.* 64.

122 ¶ Et magis in terminis, text. *in cap. de eo autem* 14 *quæſt.* 2. *l. generaliter, C. de non num. pecun. cap. per tuas de probat. l. de ætate*, §. 1. *ff. de interrogat. act.* Roman. *conſ.* 346. *num.* 2. & 3. Dom. Valençuel. *dict. conſil.* 78. *numer.* 69.

123 ¶ Y la otra, porque tambien ſe hizo a fauor de vn hijo en perjuyzio de otro, y aſsi, ni prueua en fauor de aquel, ni cauſa perjuyzio a eſte, *ex l. Seia in princip. ff. ad Velleian. l. duobus*, §. 1. vbi Iaſſ. *num.* 1. *l. ſed. & ſi poſſeſſori*, §. *fin. ff. de iur. iur. l. contumatia*, §. *ſed an ipſos, ff. de confeſſ.* Afflict. *deciſ.* 245. *numer.* 11. Achil. de Graſ. *deciſ.* 163. *aliàs* 4. *de confeſs. numer.* 3. Surd. *de alim. tit.* 8. *priuileg.* 48. *num.* 9. & *conſ.* 82. *num.* 22. Dom. Valençuel. Velazquez *conſ.* 174. *num.* 11.

124 ¶ Et in terminis Bart. *in l. cum quis decedens*, §. *codicilis, num.* 4. *ff. de legat.* 3. Abb. *in cap. penult. de re iudicat.* Speculat. *tit. de confeſsion.* §. *nunc videndum*, verſ. *Sed nun quid patris confeſsio*, Alexand. *lib.* 2. *conſ.* 26. & *libr.* 1. *conſ.* 45. & *lib.* 4. *conſ.* 18. & *lib.* 5. *conſ.* 143. Iaſſ. *in l. ſi adrogator, num.* 24. *ff. de adopt.* Gam. *deciſ.* 246. *numer.* 1. Pariſ. *conſ.* 96. *lib.* 3. Alvar. Valaſc. *conſult.* 87. *nu.* 4. & 5. Dom. Valençuel. Velazq. *dict. conſ.* 174. *à n.* 11. Flor. de Men. *in add. ad Gam. dict. deciſ.* 246 *n.* 1.

125 ¶ Etiam ſi eſſet iurata Alexand. *conſil.* 153. *in princip. libr.* 5. Gamma *dict. deciſ.* 246. *numer.* 1. *in fine.*

126 ¶ Ni obſta dezir, que por auerſe hecho en el teſtamento, ſe deue preſumir que diria la verdad, tanquã conſtitutus in articulo mortis, quia nemo præſumitur immemor ſalutis æternæ, *l. fin. ad fin. C. ad l. Iul. repetund. cap. ſancimus* 1. *quæſt.* 7. *cap. literas de præſumpt. cap. ſignificauit, de homicid.*

127 ¶ Et ideò creditur declarationibus in teſtamento factis, ex doctrina Bart. *in l. cum quis decedens*,

dens, § *codicilis*, *ff. de legat.* 3. *num.* 8. Menoch. *lib.* 5. *præsumpt.* 5. *num.* 3.

128 ¶ Non inquam obstar, porque esto solo puede tener lugar quando de la declaració no se sigue perjuyzio a otro tercero, sino solo a el que la haze, quia tunc potest sustineri, non verò, quando alij potest quomodolibet preiudicare, vt declarant Bart. *in l. si quis in graui*, §. 1. *ff. ad sillanian.* Alciat. *de præsumpt. regul.* 3. *præsumpt.* 4. *n.* 2. Menoch. *dict. præsumpt.* 5. *n.* 17.

129 ¶ Et in terminis Glos. *in cap. litteras de præsumpt.* verb *graue*, Iass. *in l. admonendi*, *ff. de iur. iurando*, *num.* 128. Dom. Valenç. Velazq. *dict. cons.* 174. *num.* 2, i vbi hoc extendit, & iã si facta esset in fauorem animę, & pro ex oneratione concientiæ.

130 ¶ Itaque, mientras no se verificare concluyentemente por otro medio lo contenido en la dicha declaracion, no se aurà de atender a ella, ex DD. supr. relatis.

131 ¶ Demas, que la declaracion referida tiene contra si vna presuncion grande de falsedad, porque es constante, y se ajusta por los autos que aunque tambien declarò en el mismo testamento, que don Francisco auia recebido 1350. reales del precio de las mejoras de vnas casas que auia tenido de por vida el testador, esto es incierto, y contra la verdad, porque con la misma escritura que està presentada, se verifica q̃ esta cantidad no solo no la recibiò don Francisco, pero ni la desembolsò la persona q̃ refiere la dicha declaracion, porq̃ auiendose ajustado de cuentas cõ el dueño de la casa, fue alcançado Diego de Talabera en la dicha cantidad por los alquileres que deuia, y se le remitieron por razon de las mejoras que tenia la dicha casa, y antes don Francisco pagò 400. reales mas que deuia su padre del mismo ajusto de cuentas. Con que en quanto a este particular se ajusta ser incierta la declaracion del dicho testamento, y lo mismo se deue presumir delos demas particulares, porque de la misma suerte que se presume falsa, y contra la verdad la deposicion de vn testigo que vn particular depuso falsamen-

famente, Abb. *in cap fraternitatis de testib.* Ferret *cōs.* 266. *num.* 19. *tom.* 2. Menoch. *libr.* 3. *præsumpt.* 22. *numer.* 19. Crauet. *cons.* 9. *num.* 10. Mar. Mut. *ad leg. Sicil. tom.* 1. *tit.* 35 *de fals. n.* 34. Dom. Valenç. *cons.* 78 *n.* 84.

132 ¶ Ita similiter, la escritura, ò declaracion, que es incierta en quanto a vn particular se presume serlo en quāto a los demas; *l. si ex falsis, C. de transact.* Paul. de Castro *cons.* 301. *num.* 4. *part.* 1. Iass. *in dict. l. admonendi, num.* 128. Hieronym. Gabr. *cons.* 148. *num.* 9. *vol.* 1. Menoch. *lib.* 3. *præsumpt.* 62. *num.* 2. Paris. *cons.* 23. *num.* 253. *libr.* 1. Cephal. *cons.* 508. *numer.* 35. *libr.* 4. Mar. Mut. *vbi supr. dict. numer.* 34. & ita argumentando tenet in simili D. Valenç. *dict. cons.* 78. *num.* 85. ibi: *Nam sicut testis, qui dicit falsum in vno capitulo præsumitur falsum dixisse in omnibus, eodem modo liber aut scriptura, quæ continet in certitudinem, aut falsitatem in aliqua parte, præsumitur etiā, & in alijs falsitatem habere.*

133 ¶ Mayormente quando se hizo la dicha declaracion con tan manifiesta passion, como se descubre de toda la contextura della, y del testamento, procedida del odio, y enemistad que tenia a don Francisco, como està prouado con mucho numero de testigos, por lo qual podemos dezir, quod machinabatur illi omnia mala, & perditionem; *l. inimicitiæ, l. ex parte, ff. de his quib. vt indign. l.* 1. *§. præterea, ff. de quæst. l. appertissima, C. de iudic.* D. Valenç. *cons.* 161 *à n.* 6.

134 ¶ Ex quibus, se manifiesta quan de poco peso, y consideracion es este fundamento para la pretension contraria.

Ad Secundum.

135 ¶ Que es no estar en registro, ò protocolo la escritura original, ò matriz de la emancipaciō, se responde, que entonces pudiera esto obrar sospecha de falsedad, quando el escriuano tuuiera otro registro de aquel año, en que se otorgò la emancipacion, y auiendosele mandado que lo exhibiera, y manifestadolo, no se hallarà en el la dicha escritura, tunc enim

verum

verum eſſet, quod redderetur de falſo ſuſpecta, Gramatic.*deciſ.*106.verſ. *Dicebam igitur*, Dom. Couarruv. *practicar.cap.*19.*num.*3.*in fin.* Tuſch.*litter.O.*verbo, *originale*, *num.*38. Menoch. *de adipiſcend. poſſeſſ. remed.*4. *nu.*136.*&* *lib.*5 *præſumpt.*20.*n.*32.Farin.*de falſit.q.*153. *p.*10.*à n.*133.*&* 144.

136 ¶ Pero no teniendo el eſcriuano otro regiſtro en que pudiera eſtar la dicha eſcritura, y auiendola exhibido original, ceſa qualquiera preſuncion de falſedad, porque ſolo la puede auer no pareciendo el regiſtro, ò quaderno de eſcritura de aquel año, ſi lo huuiera, ò pareciendo ſi en el no ſe hallara eſta de emancipacion original, & hoc eſt, quod dicunt DD. relati ſupra num. antecedenti, & alij relati per Farinac. vbi ſupra.

137 ¶ Con q̃ ſolo ſe podrà ocurrir a la culpa del eſcriuano, y à ſi la tuuo, ò no en no auer pueſto la eſcritura referida en el regiſtro, ò quaderno de las demas, porque ſi en aquel año de 28. no huuo mas eſcritura, carece de toda culpa, y ſi las huuo tendràla ſolo en no auerlas enquadernado, y pueſtolas en forma de regiſtro, *Authent.de Tabellion.*§ *fin.col.*4.*l.*9.*tit.*19.*part.*3. *d.l.*13.*&* 14.*tit.*25.*lib.*4.*Recop.*

138 ¶ Y la dificultad ſerà, ſi la culpa, ò omiſſion, ò error del eſcriuano podrà perjudicar à la parte, y en eſtos terminos no es dudable que no le perjudica, vt declarat Maſcard.*de probat.concluſ.*740.*n.*33. 34.*&* 35.Menoch.*de adipiſc.dict.remed.*4.*num.*735. & ex pluribus Farin.*d.q.*153.*à n.*134.

139 ¶ Ni el error, ò omiſſion, *l.errore*, *l.ambiguitates*, vbi Gloſ.*C.de teſtam.l.cum quærebatur*, *ff.de legat.* 2 *l.Imperator.*& ibi DD.*ff.de ſtat.homin. l. ſi librarius*, *ff.de regul.iur.* Tuſch. verb. *Notarius*, *concluſ.*87. Farinac. *de falſit.quæſt.*156.*part.*2.*à num.*82.Burſat.*conſ.*317.*nu.*2. Gratian.*diſcept.tom.*5.*cap.*825.*num.*17. D.Valenç.Velazq.*conſ.*158.*num.*10.

140 ¶ Et in terminis de las leyes del Reyno 13.*y* 14.*tit.* 25.*lib.*4.*Recop.* Llegò a tocar el punto Azeued.*in dict.l.*13.*num.*6. Y concluye, ibi: *Crederem tamen,*

tamen, quod si originale hoc extra registra existens, & repertum, esset subscriptum, & signatum à tabellione, coram quo confectum est, valeret vtique, & pro hoc refert Lanfranc. Dec. Rubeo, & Roder. Suar.

141 ¶ Et ita etiam tenet D. Gregor. Lopez *in dict. l. 9. tit. 19. part. 3. glos. 1. in med.* ibi: *Dic ergò, quod aut constat, quod instrumentum non fuit reddactum in protocollo, habet tamen instrumentum subscriptionem partium: & alia requisita in ordinatione de Alcalà, & faciet adhuc fidem, quia illa videtur scriptur matrix, & originalis, & licèt puniendus esset Tabellio, vt transgressor legis, non tamen periclitaretur ex hoc fides instrumenti.*

142 ¶ Y mas indiuidualmente ipse Azeuedo *in dict. l. 13. num. 2.* ibi: *Non tamen imponerem pœnam nostri textus tabellioni non habenti registra sarta, dum tamen ea haberet custodita, & signata, sed alia leuiori pœna condemnarem.*

143 ¶ Quapropter, solo pudiera esto perjudicar a el escriuano, si contra el se procediera, ò se trata de castigarlo por esta omission, ò culpa: pero no solo no se trata desto, sino que no se le ha opuesto defecto alguno en su legalidad, ò credito, antes lo retiene enteramente; por lo qual se deue estar a la dicha escritura, por la preuencion de derecho que fauorece a el escriuano fiel, y legal, extra dictis supr. *num.*

144 ¶ Y supuesto que la presuncion que este segundo fundamento se pudiera sacar, no resulta cõtra don Francisco, sino directamente contra el escriuano, era preciso que ante todas cosas fuera conuencido de falsario, y declarado por tal en este particular, para poderse dezir que la escritura era falsa, y que no se le deuia dar credito, porque es imposible, que a vn mismo tiempo se pueda dar, que vn instrumento estè otorgado ante vn escriuano fiel, y legal, y de entero credito, sin cosa en contrario, y que este mismo sea falso, porque siendo contrarios la legalidad, y falsedad, stante legalitate, no puede auer falsedad, quia dato, vel posito vno ex contrarijs, alterum tolli necesse est, ex regula textus *in l. si inter me, & te, ff. de except. rei iudicat. l. Pomponius, §. si is in fin. ff. de procurat. l. cum Prætor, in princip.*

 ff. de

ff. de iudic. l. & si fine, § sed quod Papinianus, ff. de minor. l. maritus, C. de procurat. l. hæc verba 124. *ff de verb signat.*

Ad Tertium.

145 ¶ Que es la comparacion de letras, se responde. Lo primero, que no està hecha de forma que se le pueda dar credito alguno.

146 ¶ Porque para hazer comparacion de letras, tal que pueda produçir alguna prouança, se requiere.

147 ¶ Lo vno, que sean personas de mucha ciencia, è inteligencia en el arte de escriuir los que la hizieren.

148 ¶ Lo otro, que sean nombradas por ambas partes, ò en su rebeldia por el Iuez.

149 ¶ Lo tercero, que tengan particular conocimiento de la letra, y firma de aquel, cuya letra se trata de comprouar.

150 ¶ Y lo quarto, que tengan en su poder, ò se les entregue otra letra, ò firma que indubitablemente sea de aquel cuya letra se ha de comprouar.

151 ¶ Quod omne probatur *ex l. comparationes, Authent. ad hæc, C. de fid. instrument. Auth. de instrument. caut. de fid col.* 6. *l.* 118. *tit.* 18. *part.* 3. Glos. *in dict. l. comparationes*, verb. *ab his*, Dom. Gregor. Lop. *in l.* 8. *tit.* 19. *part.* 3. *& in dict. l.* 118. *tit.* 18. *eod. part.* Alvar. Valasc *consult.* 177. *num.* 6. Menoch. *lib.* 2. *de arbitrar. iudic. cas.* 114. *à num.* 25. Dom. Valençuel. Velazq. *cons.* 174. *num.* 10. ibi: *Et quia vt fiat comparatio, & resultet aliqua probatio ex illa requiritur, quod personæ, quæ facere debent comparationem sint multum peritæ in arte scribendi, & habeant notam manum scribentis, habeant, & penès se aliàs subscriptiones, quæ indubitantèr sint illius, quem prætenditur subscriptionem fuisse de cuius comprobatione agitur.*

152 ¶ Pues vease si en esta, de que se vale la parte contraria concurrieron todos estos requisitos, ò alguno de ellos, y se hallarà que faltan todos, ò los mas substanciales.

Por-

153 ¶ Porque en quanto a el primero no conſta que las perſonas que hizieron la dicha comparacion tengan la ciencia, è inteligencia en el eſcriuir que ſe requiere para eſte efecto, *dict. l.* 118. *tit.* 18. *partit.* 3. ibi: *Buenos omes, è ſauidores, que ſepan bien conocer, è entender las formas, è las figuras de las letras, è los variamientos de ellas.*

154 ¶ Y el ſegundo, y mas preciſo faltò totalmente, porque no ſolo no fueron nombrados por las partes, ni ſe les mandò, ò notificò que lo hizieran; pero ni el Iuez los nombrò, y ſolo la parte contraria los preſentò como teſtigos, por cuya cauſa, aunque fueſſen muchos mas en numero, no pudieran conſtituyr prouança que equiualiera a la comparacion de letras, hecha legitimamente.

155 ¶ Tambien faltò el tercero requiſito, porque no tuuieron, ni cõſta que tuuieſſen particular conocimiento de la letra, y firma de Diego de Talabera, que es la que ſe trataua de verificar, y no es dudable que ſi lo tuuieran lo dexaran de declarar.

156 ¶ Y vltimamente faltò el quarto, y mas ſubſtancial requiſito, y en el que mayor cuydado ſe deuiò poner ex diſpoſitione, *dict. l. comparationes, C. de fid. inſtrument.* vt ſcilicèt, la letra, y firma con que ſe hazia la comparacion fueſſe cierta, è indubitablemente de Diego de Talabera, quod quidem nullatenus apparuit, porque aunque ſe hizo la comparacion con vna firma de vna peticion, que ſuena preſentada por parte de Diego de Telabera, eſto no es baſtante, porque no eſtando eſta firma en inſtrumento publico, no ſe puede afirmar que indubitablemente es del ſuſodicho, y no ſiendo la peticion referida inſtrumento publico, ſe deuiò verificar con teſtigos de viſta que aquella firma era del dicho Diego de Talabera, ſecundum diſpoſitionem textus *in dict. l. comparationes, l.* 119. *tit.* 18. *part.* 3. & quod tradunt DD. ſupr. relati.

157 ¶ Lo ſegundo, que eſte genero de prouança que reſulta de la comparacion de letras, es tan deuil, y de tan poca ſubſtancia, que regularmente no prueua, ni ſe le deue dar credito ex textu expreſſo, *in dict.*

*dict.l.*118.ibi: *Ca tal prueua como eſta touieron los Sabios antiguos, que non era acabada, dict.l.*119.ibi: *Mas dixeſſe que lo queria prouar en eſta manera, moſtrando otra carta, que es verdaderamente eſcrita por mano de aquel miſmo, que es ſemejante en todo en letra, è en la forma de aquella que el mueſtra contra el, en tal caſo como eſte, dezimos que non deue ſer creido.*

158 ¶ Y ſe tiene por muy falaz, y peligroſa, Hyppolit. de Marſil. *in Rubric. C. de probat. numer.* 318. Zaſ. *lib.* 2. *ſingul. reſponſ. cap.* 25. Menoch *de arbitr. lib.* 2. *caſ.* 114. *num.* 14. Dom. Valençuela Velazquez *conſil.* 174. *num.* 9.

Probatio semp[er] de ex comparatione est multum periculosa.

159 ¶ Quia vt inquit textus *in dict. Authent. de inſtrument. caut. & fid. Videmus tamen, naturam eius cebro egentem rei examine, quando litterarum diſſimilitudinem. Sepè quidem tempus facit. Non enim ita quis ſcribit iuuenis, & robuſtus, ac ſenex, & fortè tremens. Sæpè autem, & languor hoc facit, & quidem hoc dicimus, quando calami, & atramenti mutatio ſimilitudinis per omnia aufert puritatem. Et nec inuenimus de reliquo dicere quanta natura generans innouat.*

160 ¶ *Dict.l.*118.*tit.*18 *part.*3.ibi: *Porque non puede ome todauia eſcriuir de vna manera. Ca a las vegadas faze deſemejar las letras los variamientos de los tiempos en que ſon fechas, ò el mudamiento de la tinta, ò de la peñola. E otro ſi ſe podria deſemejar la forma de la letra por enfermedad, ò vejez de el eſcriuano Ca de vna manera eſcriue ome quando es mancebo, è ſano, è de otra quando es viejo, è enfermo.*

161 ¶ Idem tenet Gloſ. *in cap. in memoriam,* verb. *falſam, d.*19. Alexand. *in l. fin. C. de edict. Diu. Adrian. toll. num.*19. Dec. *ibid. num.*37. verſ. *Nam diuerſitas manus,* Hoſtienſ. *in cap. inter dilectos de fid. inſtrument. num.* 15 Speculat. *tit. de inſtrum. edit.* §. *poſtremo, num.* 19. Farinac. *de falſit. quæſt.* 153. *p.* 3. *n.* 114. *&* 115. *&* 158.

162 ¶ Deſuerte, que ſi ſe conſideran los tiẽpos tan diuerſos en que Diego de Talabera eſcriuiò las dos firmas que ſe tratan de comprouar la variaciõ dellos, y el eſtado en que el ſuſodicho ſe hallaua, juntamente con la diuerſidad de la pluma, y tinta, y no es poſsible que puedan ſer ambas tan ſemejantes, y conformes en todo, que dexen de tener alguna diferencia. La qual, aunque ſe reconozca, no por eſſo ſe deue qui

tar

tar la fee, y credito a vn instrumento publico, ex iuribus supra allatis.

163 ¶ Preterquam quod, concurren en este caso presunciones que manifiestamente excluyen la falsedad, y los medios de que la parte contraria se vale para induzirla, como son.

164 ¶ La que tiene en su fauor instrumento publico, y el escriuano fiel, y legal, de qua egimus supra *num.*

165 ¶ Y la possession de hombre libre de la patria potestad, en que ha estado don Francisco desde el dicho año de 628. en virtud de la dicha emancipacion, per talem namque longã, & continuatam possessionẽ remouetur, & excluditur quęlibet instrumenti falsitatis præsumptio, Crauet. *cons.* 65. *num.* 1. *&* *cons.* 158. *num.* 1. *in fin.* *&* *cons.* 266. *in fin.* vers. *Respondeo etiam*, Ruin. *cons.* 217. *num.* 14. vers. *Ex omnibus igitur*, Bertazz. *cons.* 521. *num.* 22. *lib.* 2. *&* *cons.* 398. *à num.* 10. Farinacio *de falsit. quæst.* 153. *part.* 10. *n.* 228. Menoch. *de præsumpt. lib.* 5. *præsumpt.* 20. *n.* 56.

166 ¶ Con que a qualquiera luz que se mire este negocio, se descubre con euidencia la certeza de la emancipacion, sin que la puedan obscurecer las põderaciones que se hazen por parte de doña Maria.

Refierense otras circunstancias con que verifica la emancipacion.

167 ¶ Todo lo que hasta aqui se ha fundado en orden a la satisfacion de lo que se opone contra la emancipacion, ha sido desnudamente lo que han dado de si las oposiciones que se han hecho, sin passar a los fundamentos que tiene en su fauor don Francisco en comprouacion de la escritura de emancipaciõ; y assi passando aora a reconocerlos, se hallarà ser indubitable la justicia desta parte.

168 ¶ In primis itaque, le asiste a don Francisco, y tiene en su fauor la prouança de tres testigos de vista de el otorgamiento de la dicha escritura de emancipacion, y otros muchos de oydas a Diego de Talabera, la qual, sicuti in omni alio negotio, es bastãte para su plena verificacion, *cap. in omni negotio de testib. cap. cum esses, cap. relatum 1 de testament. l. vbi numerus, ff de testib. l. 32. titul. 16. part. 3.* & per Doctores in dictis iuribus.

169 ¶ Et quod magis est, bastara esta prouança para verificar la emancipacion, sino se huuiera hecho escritura della.

170 ¶ O si auiendose hecho, como se hizo, se huuiera perdido, y no se pudiera hallar, Glos. *fin. in l. testium, C. de testib.* vbi Bald. *num. 2.* Alexand. *in l. 2. in fin. C. de bon. possess. contr. tab.* Bart. *in l. 2. in princ. col. penult. ff. de vulgar. & pupil. subst.* Abb. *in cap. cum olim*, el 1. *extrau. de priuileg. num. 8.* & ibi Mar. Socin. *num. 23.* Hyppolit. de Marsil. *in Rubric. de probat. num. 134. & singular. 156.* Oldrad. *cons. 297. col. pen.* Ioann. Faber. *in §. sed cum aliquis, Inst. de testament. 2. col. in fin.* Afflict. *decis. 274. numer. 2. & decis. 302. num. 3. & 5.* Castill. *in l. 41. Taur. glos. 1. & glos. in verb. del tenor*, Cifuent. *in l. 3. Taur. num. 14.* [illegible] *39. in fin.* Mier. *de maiorat. 4. p. q. 20. n. 25.*

171 ¶ Deinde, tiene en su fauor la confession, y declaracion del dicho Diego de Talabera su padre, hecha en la escritura del año de 32. supr. *n.* en que se declara, que dõ Francisco era persona libre, que regia, y administraua sus bienes, y bastara la presencia, y tacito consentimiento del padre para tener a don Francisco por emancipado, porque en este caso es visto emanciparlo, ex doctrina Oldrad. *cons. 26. incipit; pater consensit filiæ*, Ioann. Andr. *in add. ad Speculat. tit. de instrument. ædit. §. porro, vers. Quid si filio familias*, Iass. *in l. 1. §. hoc autem in fin. ff. ad S. C. Trebell. & in l. si is qui pro emptore, num. 179. ff. de vsucap.* Tiraquel. *de retract. lignag. §. 1. glos. 9. num. 66.*

172 ¶ Prætereà, el auer viuido don Francisco de por si, y en casa a parte, desde el año de 628. siendo

do reputado,y tenido comunmente por persona libre de la patria potestad, tratando, y contratando como tal,a vista,ciencia,y paciencia de su padre: por lo qual se presume estar emancipado,vt ex Bart. & alijs tenet Afflict.*decis.* 183.*num.* 2. Marant.*in l.is potest,ff.de acquir. hæredit.num.* 278. Azeued.*in l.* 8.*tit.* 1.*lib.* 5.*Recop.nu.* 46. ibi: *Et dicendum est,quod si per decem, aut viginti annos vixit seorsum à patre gerens se pro emancipato, præsumitur talis, & pro tali habetur.*

174 ¶ Y no se puede negar que Diego de Talabera tuuo por emancipado a don Francisco, y le trató como tal,con muchos actos, de que consta por el pleyto., como son. El auer conuenido a don Francisco ante el Prouisor por la paga de 100. ducados que por vna cedula se auia obligado a pagarle. El auerle pedido alimentos, por tener don Francisco muchos bienes,y estar el muy pobre. Y el auer litigado con el, sobre la possesion del carmen que llaman de Serrano.

174 ¶ Quapropter,parece que no puede tener duda la justicia de don Francisco,por este primero medio de la emancipacion.

Segundo Medio.

175 ¶ El segundo medio, y que de todo punto saca este negocio de duda,es que aunque (sin perjuyzio de la verdad) no huuiera emancipacion, y don Francisco huuiera estado baxo de la patria potestad: adhuc tamen, los bienes sobre que se litiga, son propios suyos,y los adquirió para si,y no està obligado a partirlos con su hermana.

176 ¶ Porque aunque vno de los efectos de la patria potestad es, que el hijo de familias adquiera para el padre, ex ijs quæ diximus supr.*num.* 108. adhuc tamen ex nouiori iure,quo vtimur, està limitado este efecto a solo los bienes profecticios, cum moderamine tamen, de quo infra à *nu.* 202. porque los castrenses,

trenses, quasicastrenses, y los adventicios, no se comprehenden en esta regla, ni estan sugetos a la adquiscion referida, sino todos son propios de los hijos, excepto el vsufructo de los adventicios, que se adquiere a el padre ratione patriæ potestatis, *l.* 1. *& per tot. C. de bon. matern. l. cum opportet* 6. *l. fin. C. de bon. quæ liber. l.* 5. 6. *&* 7. *tit.* 17. *part.* 4. Menoch. *de arbitrar. cas.* 126 Pinel. *in dict. l.* 1. *part.* 1. *C. de bon. matern. à num.* 1. Anton. Gom. *in l.* 48 *Taur. num.* 1.

177 ¶ Y assi toda la dificultad viene a consistir en ajustar si estos bienes, sobre que se litiga, son castrenses, quasicastrenses, adventicios, ò profecticios. Y para mayor claridad desto iremos discurriendo, suo ordine, por todas estas diferencias de bienes, y aplicãdo a cada vna la verdadera resolucion de derecho en quanto a la adquisicion.

Bienes castrenses.

178 ¶ Bienes castrenses son los que adquieren los hijos de familias, soldados en la guerra, ò por causa della, *l. si castrense, l. si fortè, l. castrense, ff. de castrens. pecul. l.* 3. *§. verbum, ff. de donat. inter vir. & vxor. l.* 6. *tit.* 17. *part.* 4. Glos. *in l. cum opportet, C. de bon. quę liber.* verb. *exceptis*, Cald. Pereyr. *in l. si curatorem habens*, verb. *læsis, nu.* 90. *C. de in integr. restit.* Spin. *de testament. glos.* 4. *Rubr. num.* 12. Dom. Pichard. *in § sciendum, num.* 1. *Inst. de milit. testam.* Paschal. *de vir. patr. potest. p.* 1. *c.* 3. *n.* 3.

179 ¶ Y en estos no se duda que el padre no tiene, ni adquiere derecho alguno, sino que el dominio, propiedad, y vsufructo de ellos, se le adquiere plenamente a el hijo, nulla patriæ potestatis habita ratione, *tot. tit. ff. de castrens. pecul. l.* 1. *§ neque castrense, ff. de collat. bon. l. fin. C. de inoffic. testament. dict. l. cum opportet, C. de bon. quæ liber. dict. l.* 6. *tit.* 17. *part.* 4.

180 ¶ De tal suerte, que puede disponer de ellos libremente, enagenandolos, etiam inuito patre, *dict. l. cum opportet, l. miles* 4. *§.* 1. *ff. de castrens. pecul. dict. l* 6.

tit. 17.

tit. 17 *part.* 4. Cald. Pereyr. *in dict. l. si curatum, verb. læsis, n.* 94. Paschal. *vbi sup. nu.* 5.

181 ¶ Nam in hoc genere bonorum dicũtur filij familias fungi vice patrum familias, *l.* 1 *in fine, & l. seq. ff. ad Macedon. l. si quis vxori*, §. 1 *ff. de furt. l.* 12. *tit.* 13. *part.* 1. *l.* 4. *tit.* 1. *part.* 5. vbi D. Greg. Lop. Anton. Gom. *tom.* 2. *variar. cap.* 6. *num.* 2. *& cap.* 15. *num.* 11. D. Pichard. *in* §. *actiones* 10. *n.* 76. *Instit. de act.*

182 ¶ Y aunque no estamos en estos terminos: hoc est, de que estos bienes sean castrenses; tamẽ hoc ideò diximus, porque los quasicastrenses son de la misma calidad, tienen el mismo priuilegio, & pari passu ambulant, vt statim dicemus.

Bienes Quasicastrenses.

183 ¶ Los Quasicastrenses regularmente son los que adquieren los hijos de familias en el exercicio de qualquiera ciencia, ò arte liberal, que quidèm sigillatim describuntur *in dict. l. vltim. C. de inoffic. testam.* ibi: *In Proconsulibus, & Prefectis legionum, & Præsidibus Prouinciarum, & omnibus generalitèr, qui in diuersis dignitatibus, vel administrationibus positi à nostra consequuntur manu, vel ex publicis salarijs quasdam largitates.* Et postea: *Vt puta viris dissertissimis patronis causarum, virisque deuotissimis memorialibus, & agentibus in rebus, nec non magistris studiorum liberalium, Archiatris quoque, & alijs omnibus omninò, qui salaria, vel stipendia percipiunt publica, l. sacrosanctæ, l. cùm lege, C. de Episcop. & Cleric. l.* 7. *dict. tit.* 17. *part.* 4. Glos. *in* §. 1. *Instit. per quas personas, nou. acquir.* verb. *castrensibus peculijs*, D. Pichard. *dict.* §. *actiones* 10. *num.* 76. Paschal. *dict. cap.* 3. *n.* 3.

184 ¶ Horum etiam numero sunt los bienes que con su industria adquiere el hijo de familias Clerigo, *ex dict. l. sacrosanctæ, Auth. Presbyteros, C. de sacrosanct. Eccles. l.* 3 *tit.* 21. *part.* 1. Abb. *in cap. quia nos, de testament.* Paulus de Castr. *in dict. l. sacrosanctæ*, Palac. Rub. *in repet. cap. per vestras*, §. 42. *num.* 7. *de donat. inter virum, & vxorem*, & alios referens D. Couarruv. *in dict. cap. quia*

L

nos,

*nos,num.*1.Paſchal.*de vir.patr.poteſt.d.cap.*3.*num.*4.

185 ¶ Aunque ſea de menores ordenes, *ex dict.Auth.Preſbyteros,* Gloſ.*in dict l.ſacroſanctę, verb. Diaconi,* D.Couarruv.vbi ſupr.*num.* 3.ibi: *Id autem, quod modò diximus, bona à Clericis, etiam filijs familias adquiſita quocumque iure poſt ordinem aſſumptum cenſeri caſtrenſia, vel quaſi locum habet etiam in Clericis minoribus præditis Ordinibus, quod hìc fatentur omnes.* Et inferius ex veriori ſententia lo extiende a los de primera Tonſura.

186 ¶ Y eſtos bienes, vt antea dicebamus, ſon de la miſma calidad, y tienen los miſmos priuilegios que los caſtrenſes, vt videre eſt apud omnes Doctores ſupra relatos.

187 ¶ Y aſsi le correſponde a eſte negocio la reſolucion de derecho propueſta ſupr.à *n.*179. por hallarnos en terminos de bienes quaſicaſtrenſes, q̃ lo ſon eſtos, ſobre que ſe litiga, reſpeto de que como cõſta de los autos, es don Franciſco Clerigo de menores Ordenes, y lo era al tiempo qve los adquiriò, y por tal le tuvo ſu padre; eſpecialmente quãdo le convino ante el Iuez Ecleſiaſtico, por los alimentos, y por los 100. ducados de la cedula, de q̃ ſe hizo mencion *ſup.n.*173.

Bienes adventicios.

188 ¶ En eſte genero de bienes ſe comprehenden todos aquellos quomodocumque, vel vndecumque adquiere el hijo de familias, eſtando baxo de la patria poteſtad, no ſiendo ſoldado, no exerciendo ciencia alguna, ò arte liberal, ni ſiendo Clerigo, ni tã poco adquiriendolos ex re, vel pecunia patris: ſic habetur in *dict.l.cum oportet* 6.*C.de bon.quę liber.*§.1.*Inſtit.per quas perſonas,nou.acquir.l.*5.*tit.*17.*part.*4.Paſchal.*vbi ſupra,num.*31.

186 ¶ Deſtos bienes ſe le adquiere ſin controuerſia alguna la propiedad a el hijo de familias, y a el padre el vſufructo, ex iuribus proximè relatis, & DD.ſupr.*nu.*108.

187 ¶ Pues veamos aora, faltando lo que ſe

ha

ha fundado, de que estos bienes sean quasicastrenses, por auerlos adquirido don Francisco siendo Clerigo, si se les puede dar otro nombre, ò pueden ser de otra naturaleza, que adventicios; porque si don Francisco no los adquiriò en la milicia, ni exerciendo arte, o ciẽcia liberal; y no negãdose, que los adquiriò por su persona, industria, y trabajo; parece consequencia precisa que ayan de ser desta calidad, ex dictis iuribus. Y siendo esto asi, como puede pretẽder doña Maria la propiedad de la porcion que se le adjudicò destos bienes, si esta no la tuvo Diego de Talavera, por cuya cabeza ò herencia la pretende; sino siempre estuvo, y residiò, como actualmente reside en don Francisco? No parece, que puede tener cabimiento, ò lugar esta pretension en ningun juyzio, atendiendo a las doctrinas ciertas, y textos indiuiduales que quedan referidos, y no se repiten por no dilatar.

Bienes profecticios.

191 ¶ La vltima especie de bienes, y en que pudiera auer mayor dificultad, por ser el vltimo recurso de la parte contraria, son los profecticios, en que solo se comprehenden los que el hijo de familias adquiere ex re patris: & ideò talitèr vocãtur, quia à patre proficiscuntur, *l. profectitia 5. ff. de iur. dot. l. sed si plures 10 §. in arrogato, ff. de vulgar* §. 1. *Instit. per quas personas nob. acquir. dict. l. 5. tit. 17. part. 4.* Glos. *in dict. l. cum oportet, verb. ex substantia.* D. Pichard. *in §. actiones 10. Instit. de act. n. 73.*

192 ¶ Estos bienes regularmente se le adquieren a el padre, y son suyos, y como tales, comunes, y partibles entre sus hijos, *d. l. cum oportet, d. §. 1. Inst. per quas personas nob acquir. d. l. 5 tit. 17 p. 4.*

193 ¶ Con que dize Doña Maria, que los deste pleyto se deuen partir, por ser de esta calidad adquiridos por don Frãcisco, con bienes, y dinero de su padre, estando baxo de su potestad, por cuya causa se le adquirieron, y deue tener en ellos la porcion en que fue instituida, ex dictis iuribus.

Sed

194 ¶ Sed huius prætẽsionis fundamentũ, & in facto, & iure deficit.

195 ¶ In facto, porque no es cierto que D. Francisco adquiriesse estos bienes con dinero, ò caudal de su padre, ni de esto ay prouança alguna; porque aunque lo articulò doña Maria, no ay testigo alguno que lo deponga. Y solo dizen algunos, que lo oyeron dezir a el padre; & ideò non probant, D. Valençuela Velazq. *cons.* 141. *n.* 11.

196 ¶ Y a quien tocaua verificarlo, es a D. Maria, por ser el fundamento principal de su intencion, *ex reg. text. in l.* 2 *ff. de probat. l. actor, C. eod. tit. l.* 1. *tit.* 14. *part.* 3. & in terminis Glos. *in dict. l. cum oportet, verb. ex eius substantia, in fine.*

197 ¶ Y esto solo era bastante para absolver a don Francisco, ex communi regula, quæ habet, quòd actore non probante, reus absoluitur.

198 ¶ Porque estando en su fauor todos los titulos de los dichos bienes, y hallandose en possessiõ de ellos, tiene por si la presuncion de derecho de que son suyos, y adquiridos de su propio caudal, y industria, & sic aduenticios, vt in terminis docet Bartol. *in tractat. de duob. fratrib* 2. *column. num.* 4. Bald. *in dict. l. cum oportet, num.* 6. & communitèr Doctores, *in l. filiæ, C. famil. herciscund. & in l. fin. C. de collat.* vt testatur Antonius Gom. *in l.* 29. *Taur. n.* 24. *in fin.*

199 ¶ Y assi no tiene obligacion de prouarlo: imò transfert onus probandi contrarium in aduersarium, Menoch. *de præsumpt. lib.* 1. *quæst.* 36 *numer.* 8. *& quæst.* 33. *num.* 7. *& quæst.* 37. *num* 9. D. Valençuel. *dict. cons.* 41. *num.* 8.

200 ¶ Et adhuc tiene hecha prouança de 28. testigos, que contestemente concluyen, que don Francisco con su trabajo, è inteligencia, y algunos prouechos de comissiones que tuvo, comprò, y adquiriò todos los bienes, y hazienda que se le conocen, y sobre que es este pleyto: conque demàs de la presuncion (que por si sola es bastante) *ex l. si tutor petitus*, & ibi Glos. fin. *C. de pericul. tutor.* Menoch. *dict. lib.* 1. *dict. quæst.* 36. *nu.* 8. tiene prouança concluyente sin cosa en contrario.

Y solo

201 ¶ Y solo tiene doña Maria en su fauor la declaracion del testamento del dicho Diego de Talavera su padre, la qual no puede perjudicar a don Frãcisco en manera alguna, ex his, quę diximus supr. *à numer.* 121. *ad* 134 Demàs de que aunque se huviera de estar a ella (quod negamus) sin embargo no es bastante para fundar su pretension, vt infra dicetur *à n.* 209.

202 ¶ Pero quando esto pudiera tener alguna duda, y huvieramos de estar a la mas rigurosa opinion; vt scilicèt se aya de verificar el ser los bienes adventicios, ò profecticios por conjecturas, & ex qualitate personarum, vt tenuit Glos. *in d. l. cum oportet, verb. ex eius substantia, C. de bon. quæ liber.* Becc. *cons.* 113. *num.* 8. Ioann. Crot. *in l. frater à fratre, ff. de condit. indebit. quæst.* 32 *num.* 119. Bertazzol. *cons.* 119. *per tot.* Montealegre, *in prax. tractat. de exercit. action. lib.* 2. §. 13. *num.* 67. Paschal. *de vir. patr. potest. d. c.* 3. *n.* 24.

203 ¶ Ocurramos a las que se consideran por los Doctores referidos, y se hallan todas a fauor de don Francisco.

204 ¶ La conjetura de que se puede deduzir, que los bienes son profecticios, es, quando se adquirieron los bienes siendo el padre rico, y el hijo negligente, y nada industrioso, sic dicit Glos. *in dict. l. cum oportet*, ibi: *Quid enim, si filius nihil scit operari, & negligens sit & pater diues sit? Præsumatur ex re patris tunc esse.* Et ex cæteris DD. refert idem Paschal. vbi proximè.

205 ¶ Y a el contrario, la conjetura de que se deduce, que los bienes son aduenticios: hoc est, adquiridos con industria, y caudal del hijo, y no profecticios, es quãdo el padre es pobre, y el hijo industrioso, y diligente: sic Glos. *in dict. l. cum oportet*, ibi: *Et ècontra, si studiosus filius, & pauper sit pater, præsumatur ex aduentitia causa quęsitum.* Paschal. *vbi supr.* ibi: *Si verò pater est pauper, filius autem diligens, & industriosus; tunc omnia præsumuntur acquisita ex opera, & industria ipsius.* Et ita tenent cæteri Doctores.

206 ¶ Pero Antonio Gomez, *in dict. l.* 29. *Taur. num.* 24. *in fin.* ex communi Doctorum sententia entendiò la opinion de la dicha Glossa, solamente en

caſo, que el hijo adminiſtrò los bienes del Padre, quia tunc, ſi el padre era rico, y el hijo negligente, ſe preſumen las ganancias ex re patris quęſitæ: ſi verò filius erat diligens, & induſtrioſus, y el padre pobre, ſe preſumen aduenticias, & ex opere, & induſtria filij quæſitę, ibi: *Sed vera, & cõmunis opinio eſt, quod illa gloſſa, & eius cõcluſio procedat, quando filius adminiſtrabat bona patris: ſecùs verò, ſi non adminiſtrabat, ſed ſeorſum habitabat; quia in dubio præſumuntur aduentitia, & non debent conferri.*

207 ¶ Sed quomodocumque ſit, veaſe qual de las dos conjecturas referidas ſe halla verificada en nueſtro caſo. No la primera, y la ſegunda ſi; porque Diego de Talavera ſiempre fue muy pobre, como eſtà verificado con 26. teſtigos de viſta, que lo concluyen. Y ſin neceſsitar de eſta prouança, ſe ajuſta lo miſmo de los inſtrumentos preſentados por doña Maria; pues por el teſtamento no declara Diego de Talavera, que tiene bienes algunos; antes dize, que eſtà pobre. Y lo miſmo declarò en la eſcritura de emancipacion del año de 28. Y eſto miſmo diò ocaſion, y motiuo a el pleyto de alimentos, en que lo alegò, y verificò muchas vezes. Y vltimamente no ſe niega, ni ay coſa en contrario: y que don Franciſco ha ſido diligẽte, y cuydadoſo en adquirir bienes, no ſe puede negar; porque demàs de la prouança que dello tiene, lo eſtà manifeſtando aſsi el miſmo hecho, de auer adquirido y ganado los bienes, ſobre que ſe litiga, ſin conſtar, que aya entrado en ſu poder cantidad alguna, ni que aya adminiſtrado bienes algunos de ſu padre: y ſe ajuſta tambien de la declaracion de el teſtamento de Diego de Talavera, en que dize, que por verle codicioſo, y diligente le auia entregado ciertas cantidades de marauedis.

208 ¶ Vnde convincitur, que en el hecho falta totalmente el fundamento, de que la parte contraria ſe vale.

209 ¶ Deficit etiam in iure, porque quando por algun camino conſtaſſe, ò pudieſſe conſtar (quod omninò negamus) que don Franciſco adquiriò eſtos bienes con alguna cantidad de dinero, que le

dieſſe

diesse su padre: adhuc tamen los adquirió para si, y no para su padre, & consequentèr no los deue partir con su hermana.

210 ¶ Porque la verdadera distincion, y resolucion que en esto ay, es:

211 ¶ Que, ò el hijo adquiriò los bienes cō el dinero del padre, sin industria, obra, ni trabajo alguno; veluti prestandolo, ò dandolo a ganancia: y en este caso corre la regla propuesta supr. *num.* 192. de que los bienes adquiridos en esta forma son profecticios, y del padre.

212 ¶ O los adquiriò con dinero del padre, poniendo de su parte la industria, obra, y diligencia. Y en este caso se adquieren las ganancias integramente a el hijo por la industria, y diligencia, sic Bart. *in l.* 1. §. *nec castrense, ff. de collation. bonor. column.* 3. *num.* 5. *& in l. cū oportet, C. de bon. quę liber. & in tractat. de duob. fratribus, col.* 1. *quæst.* 1. Paul. de Castr. *in l. illud, C. de collat.* & ibidem Iass. *column.* 3. *num* 7. Rippa, *in l. in quartam, num.* 157. *ff. ad l falcid.* D. Gregor. Lop. *in dict l.* 5. *tit.* 17. *part.* 4. *glos.* 2 Aiora, *de partit.* 3. *part. quęst.* 2. *per tot.* Azeued. *in l.* 3. *tit.* 8 *lib.* 5. *Recopilat. num.* 24. Anton. Gom. *in l.* 29. *Tauri, numer.* 24. ibi: *Dico, quòd ista est verior, & ęquior opinio, quòd si filius totum lucrum acquisiuit ex pecunia, & patrimonio patris, absque opera, & labore suo, quia pecuniam mutauit, vel posuit apud campsorem, vel mercatorem, vel alitèr potest constare: tūc illud lucrum est profectitium, & venit diuidendum inter omnes fratres: si verò filius totum lucrum acquisiuit ex opera, & industria sua, & labore proprio, & hoc potest constare: tunc illud lucrum est aduentitium, & sibi soli quæritur.*

213 ¶ O se duda, si se adquirieron con el dinero solamente, ò solamente con la industria; & tunc se diuiden las ganancias, dando la mitad a el hijo, y la mitad a el padre, Azeued. vbi supra, Anton. Gomez, ibi: *Si verò sumus in dubio, quia non potest constare, an sit quęsitum ex ipsa pecunia, & substantia patris, an ex opera, & industria, & labore filij; tunc dimidia pars huius lucri attribuitur pecuniæ, & substantiæ patris, alia verò dimidia attribuitur personę filij, & eius labori, & industriæ.*

214 ¶ Rursus, ò el hijo negocia, y trata cō

el

el dinero, y en nombre del padre, & tunc adquiere pa ra el padre, Angel.*conſ* 85 *per tot*. Crauet.*conſ*.165.*nu- mer*.4. Rippa, *in dict.l.in quartam, num*.159.*ff. ad l.falcid*. Paſchal.*de vir.patr.poteſt.dict.cap*.3.*num*.14. ibi: *Si filius negotiatur cum pecunia patris, & eius nomine; tunc ſine dubio, quidquid acquirit, patri acquirit.*

215 ¶ O negocia el hijo en ſu miſmo nom bre, y con dinero del padre, y adquiere para ſi ſolamẽ- te, y no para el padre, Roman.*conſ*.469 *num*.5.verſ. *Ter- tio caſu*, Franc.Becc.*conſ*.113.*num*.21; Roland. à Valle, *conſ*.90.*num*.21. Aguſtin.Beroi.*quæſt*.46.*in princip*. Ti- raquel.*de retract.lignag.gloſ*.9.§.1.*num*.61. Paſchal.*vbi ſupr.num*.17. ibi: *Secunda concluſio, quod ſi filius negotiatur proprio nomine, & ſuo periculo: tunc omne quod acquirit, ſibi ac- quirit, & non eſt cum fratribus communicandum.*

216 ¶ O ſe duda en cuyo nombre negociò, ò conſta que negociò en nombre de ambos, & hunc diuiditur lucrum æqualitèr inter patrem, & filium, ex doctrina Bart. & DD. ſupr.*num*.213. Paſchal.*dict. cap*. 3.*num*.18.

217 ¶ Sed contrarium, imò quod omne lũ crum plenè filio acquiratur, ex veriori ſententia tenue runt Marc. Anton.Eugen.*conſ*.78.*nu*.15.*& per tot*. & ex alijs Ioann. Gutierr.*in tractat.de tutel. part*.5.*cap*.31. *n*.4. verſ. *Sed vbi non eſt hæc conſuetudo.*

218 ¶ Eſtos ſon los caſos que ſe pueden cõ ſiderar, conforme a las diſtinciones referidas, y ningu no dellos ſe puede aplicar a el nueſtro con propiedad, porque falta lo principal, que es auer adquirido Don Franciſco, ò negociado con dinero, ò caudal de ſu pa- dre. Y quando no faltaſſe, por auer negociado, y trata do ſiempre en ſu propio nombre, y con ſu induſtria, y trabajo, adquiriò para ſi enteramente, ſin que le pue- da quedar recurſo alguno a Doña Maria; ſino es a lo que verificarà concluyentemente auer entregado ſu padre a don Franciſco, para tratar, y negociar, quod quidèm, vt dictum eſt, nullatenùs apparet.

219 ¶ Ex quibus omnibus, ò ſe atienda a la emancipacion, ò a la patria poteſtad, de qualquiera ſuerte

ſuerte que ſe conſideren eſtos bienes, parece indubitable la juſticia de don Franciſco por eſte primero fundamento.

Segundo Fundamento.

220 ¶ *Cum nihil ſit inter homines ſic indubitatum, vt non poſsit, licèt aliquid ſit valdè iuſtiſsimum, tamen ſuſcipere quandam ſolicitam dubitationem*, vt inquit text. *in Auth. de tabell. §. non fingant, collat.* 4. Quando eſte negocio pudiera tener alguna duda, ſin embargo de los fundamẽtos propueſtos, parece, que en qualquiera, que ſe pueda ſolicitar por la parte contraria, ha de vencer Don Franciſco.

221 ¶ Lo primero, por ſer reo, v poſſeedor, *l. ſiue poſsidetis, C. de probat. l. cogi, C. de petit. hereditat. l. fin. C. de rei vindicat.* Poſth. *de manutent. obſeru.* 1. *à n.* 8.

222 ¶ Lo ſegundo, por ſer eſte juyzio de poſſeſsion, de la qual no deue ſer deſpojado el que la tiene; ſino antes conſervado en ella, atendiendo al vltimo eſtado en que ſe hallan los bienes, que es de ſer propios de don Franciſco, vt in ſimili tradunt Parlad. *lib.* 2. *rer. quotidianar. cap.* 5. *num.* 18. & 19. Mier. *de maiorat.* 3. *part. quæſt.* 20. *per tot.* D. Paz, *de tenut. cap.* 55. *num.* 2. Add ad D. Molin. *lib.* 2. *cap.* 6. *num.* 57. verſ. *Qua retenta*, ibi: *Et in caſu dubio vltimi ſtatus prævalent*, Poſth. *de manut. obſeruat.* 70. *à num.* 52. Noguer. *alleg.* 31. *n.* 81.

223 ¶ Lo tercero, porque aunque fueſſe cierta la declaracion del teſtamento de Diego de Talavera, que es quanto puede pretender doña Maria, y ſe huviera de eſtar a ella, ſine præiudicio veritatis; nihilominus tamen, no ſe le adquirio a el ſuſodicho la poſſeſsion, ni el dominio de eſtos bienes, ſobre que ſe litiga.

224 ¶ No la poſſeſsion, porque es conſtante, y no ſe niega, que ſiempre la ha tenido Don Franciſco.

225 ¶ Ni el dominio, porque todas las vezes que vno compra alguna coſa con dinero ageno, para ſi propio, y en ſu nombre, adquiere para ſi el

dominio, y no para el dueño de el dinero, *textus in l. si ex ea pecunia.* Et ibi Glos. *C. de rei vindicat.* & ibidem Paul. de Castr. *in princip.* Tiraquell. qui plura congerit, *de retract. lignag.* §. 32. *glos. vnic. à numer.* 16. Menoch. *de presumpt. lib.* 3 *præs.* 51 *num.* 43. Statil. Pacific. *de Salui interdict. inspect.* 3. *cap.* 2. *n.* 608.

226 ¶ Etiam si el que comprò fuesse Administrador, y comprasse con el dinero de la administracion: quia tunc etiam sibi soli acquirit dominium, vt ex text. *in dict. l. si ex ea pecunia*, tenēt ibi Bart. & Bald. & idem Bald. in *l. si vt proponis, C de rei vindicat. num.* 4. Paul. de Castro *ibidem, num. fin.* Statil. Pacific vbi proximè, *num.* 614.

227 ¶ Et quod magis est, aunque fuesse mādatario especial, ò general, non domino, sed sibi acquirit, Bald. *in dict. l. si vt proponis, numer.* 1. *in fin.* Corn. *cons.* 9. *num.* 8. *volum.* 2. Menoch. *dict. lib.* 3. *præsumpt.* 49. *num.* 18. Surd. *decis.* 304. *n.* 1.

228 ¶ Et denique en terminos que el hijo comprando alguna cosa para si, y en su nombre, con dinero del padre, adquiere para si solo el dominio de ella, y no para el padre, tenent Paul. de Castro, *in dict. l. cum oportet, in princip. colum.* 2. *vers. Sed quid si filius*, Becc. *cons.* 113. *num.* 21. Roland. a Valle, *cons.* 90. *num.* 21. *lib.* 2 & post multos Tiraquell. *de retract. lignag.* §. 1. *glos.* 9. *num.* 61. Paschal. *de virib. patr. potest. part.* 1. *c.* 3. *n.* 17.

229 ¶ Sed sic est, que don Francisco comprò los bienes sobre que se litiga para si, y en su nombre, como es constante, y se manifiesta de los autos, y de los titulos presentados, y lo confiessa doña Maria.

230 ¶ Ergò necessariò fatendum est, que adquiriò para si solo el dominio, y no para su padre, y auiendolo tenido juntamente con la possession, no es dudable que ha de ser amparado en ella, sin que le pueda vencer doña Maria, que la pretende por cabeça de su padre, qui vnquam, nec possidet, nec dominus fuit.

231 ¶ Porque en qualquiera juyzio possessorio, por breue y sumario que sea, verificandose la excepcion del dominio por el que fuere legitimo cōtradi-

tradictor, deue ser manutenido en ella, y denegarsele a el que la pretende, vt in remedio sumarissimo de el interim, docet Seraphin. *decis.* 810. *num.* 4. & ex pluribus Post. *de manutent. obseruat.* 42. *à num.* 140. & in remedio *l. fin. C. de edict. Diui Adrian. tollen.* Bart. *in dict. l. fin. num.* 21. *vers. Si verò allegat*, & ibi Dec. *numer.* 43. Put. *decis.* 316. *lib.* 1. Statil. *de Saluian. interdict. decis.* 63. *num.* 3. 4. & 5.

232 ¶ Y en este caso està verificada, juntamente con la possession, no como quiera, si no luego incontinenti, y con euidencia: siquidem consta de los instrumentos, que es constar clarè, liquidè, & apertè, ex ijs quæ diximus supr. *num.* 118. & tenet ex pluribus D. Valenç. Velazq. *cons.* 129. *à n.* 48.

238 ¶ Por todo lo qual esperamos la determinacion en fauor de don Francisco. Salva in omnibus V. D. C. &c.

L. D. Andres de Morales Santaella.

L. D. Pedro Guerrero Zambrano.